

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW
UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

RADA NAUKOWA

Przewodniczący Rady Naukowej

Prof. dr hab. Wojciech Nowak | Rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego

Dr Denys Azarov | Uniwersytet Narodowy „Akademia Kijowsko-Mohylańska”

Prof. Martin Bier | East California University

Prof. dr hab. Andriy Boyko | Lwowski Uniwersytet Narodowy im. Iwana Franki

Prof. Hugh J. Byrne | FOCAS Research Institute, Dublin Institute of Technology

Dr hab. Adrián Fábíán | University of Pécs

Prof. dr hab. Maria Flis | Uniwersytet Jagielloński

Prof. dr hab. Tadeusz Gadacz | Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie

Dr Herbert Jacobson | Linköping Universitet

Prof. dr hab. Katarzyna Kieć-Kononowicz | Uniwersytet Jagielloński

Dr Miklós Kiss | University of Groningen

Dr Erdenhuluu Khohchahar | Kyoto University

Prof. dr hab. Andrzej Kotarba | Uniwersytet Jagielloński

Dr Oleksiy Kresin | Narodowa Akademia Nauk Ukrainy

Prof. dr hab. Marta Kudelska | Uniwersytet Jagielloński

Prof. dr hab. Tomasz Mach | Uniwersytet Jagielloński

Prof. dr hab. Andrzej Mania | Uniwersytet Jagielloński

Dr Kristin McGee | University of Groningen

Prof. dr hab. Karol Musioł | Uniwersytet Jagielloński

Prof. Biderakere E. Rangaswamy | Bapuji Institute of Engineering and Technology

Dr Melanie Schiller | University of Groningen

Prof. dr hab. Jacek Składzień | Uniwersytet Jagielloński

Prof. dr hab. Leszek Sosnowski | Uniwersytet Jagielloński

Prof. dr hab. Bogdan Szlachta | Uniwersytet Jagielloński

Prof. Luigia di Terlizzi | Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Prof. Matthias Theodor Vogt | Institut für kulturelle Infrastruktur Sachsen

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW
UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

NAUKI SPOŁECZNE

~ NUMER 17 (2/2017) ~

TOM PRAWNICZY



KRAKÓW 2017

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty

Redaktor naczelna:
Ewa Modzelewska

Zastępczyni redaktor naczelnej:
Iga Łomanowska

Sekretarz redakcji:
Rafał Kur

Redaktor prowadzący serii:
Krzysztof Popek

Redaktorzy tomu:
Agata Cebera, Jakub Firlus, Dominik Horodyski,
Khrystyna Potapenko, Aleksander Wróbel

Publikacja finansowana ze środków Towarzystwa Doktorantów UJ

Współpraca wydawnicza:

WYDAWNICTWO
nowa strona

www.wydawnictwonowastrona.pl
e-mail: biuro@nowastrona.net.pl

Spis treści

KHRYSTYNA POTAPENKO	9
Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych i nowy system e-zamówień „ProZorro” na Ukrainie	
JAKUB GRZEGORZ FIRLUS	29
Fakultatywny charakter wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w świetle zmodyfikowanego kształtu zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego	
NATALIE FOX, ALEKSANDRA OZIMEK	49
Sądowa kontrola konstytucyjności aktów prawa miejscowego – wyłom w systemie czy egzemplifikacja konkretnej kontroli konstytucyjności w polskim porządku prawnym?	
PIOTR RYBICKI	71
Problem zgodności z Konstytucją RP regulacji umożliwiającej zrzeczenie się immunitetu przez sędziego popełniającego wykroczenie drogowe	
JAN KLUZA	93
Krytyczna analiza nowelizacji dotyczącej konfiskaty rozszerzonej – omówienie zmian w obrębie kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego	
MILENA GARWOL	113
Problem przedawnienia karalności zbrodni przeciwko ludzkości w świetle Kodeksu karnego – kilka uwag na kanwie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 roku o sygn. I KZP 7/15	

MAGDALENA JANSSEN	125
Ochrona członków najbliższej rodziny spadkodawcy na ziemiach polskich w ujęciu historycznoprawnym	
BEATA BARAN, KATARZYNA POŁUDNIAK-GIERZ	139
Perspektywa regulacji prawa do bycia „zapomnianym” w Internecie. Zarys problematyki	
ANNA MAZUR	161
Ograniczenia wywozu zabytków ruchomych w prawie polskim i czeskim	
MATEUSZ GRZEŚKÓW	177
Akcje obejmowane za wkłady pozbawione zdolności aportowej w prostej spółce akcyjnej (PSA)	
INFORMACJE O AUTORACH	197

Contents

KHRYSTYNA POTAPENKO	9
Counteracting Corruption in Public Procurement and New E-procurement System ProZorro in Ukraine	
JAKUB GRZEGORZ FIRLUS	29
Optional Nature of a Request for Retrial in the Light of Modified Principle of Two-instance Administrative Proceedings	
NATALIE FOX, ALEKSANDRA OZIMEK	49
Constitutional Review of the Enactments of Local Law in Poland – Exception or Example of the ‘in concreto’ Constitutional Review Conducted by Courts?	
PIOTR RYBICKI	71
Waiving the Judicial Immunity by a Judge Committing a Traffic Misdemeanor Remarks on the Constitutionality	
JAN KLUZA	93
Critical Analysis of the Amendment on the Confiscation of Extended Confiscation – Discussion of Changes in the Criminal Code and Code of Criminal Procedure	
MILENA GARWOL	113
The Prescription Period of Punishability in Case of Crimes against Humanity – a Few Remarks Based on the Supreme Court’s Sentence Passed on 14 th October 2015, I KZP 7/15	

MAGDALENA JANSSEN	125
The Protection of the Family Members of the Testator in Poland in Historical-legal Context	
BEATA BARAN, KATARZYNA POŁUDNIAK-GIERZ	139
Perspective of Regulation on the Right to Be ‘Forgotten’ on the Internet. Outline of the Problem	
ANNA MAZUR	161
Restrictions on Exports of Movable Monuments in Polish and Czech Law	
MATEUSZ GRZEŚKÓW	177
Shares Acquired for Assets Non-Capable of Economic Assessments in Polish Simple Joint-Stock Company (PSA)	
ABOUT THE CONTRIBUTORS	197

KHRYSTYNA POTAPENKO

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej
E-MAIL: KHRYSTYNA.POTAPENKO@DOCTORAL.UJ.EDU.PL

Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych i nowy system e-zamówień „ProZorro” na Ukrainie

STRESZCZENIE

Niniejszy artykuł jest próbą analizy mechanizmów przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych. Zamówienia elektroniczne są najbardziej skutecznym instrumentem walki z korupcją w tym obszarze. Głównym celem e-zamówień jest wdrożenie zasad przejrzystości, dostępu do informacji, integracji i efektywności. Zamówienia publiczne były jedną z najbardziej skorumpowanych sfer na Ukrainie. Korupcja w tym zakresie wpływa negatywnie na budżet państwa i stan własności państwowej. Nowy system zamówień elektronicznych „ProZorro” w krótkim czasie wykazał skuteczność w walce z korupcją oraz w aspekcie oszczędności środków budżetowych. Wdrożenie ukraińskiego systemu e-zamówień trwało niespełna dwa lata. W 2014 roku przyjęto nowe zasady przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych w Unii Europejskiej (UE). Głównymi innowacjami w dyrektywach są nowe zasady e-zamówień w krajach UE. Zamówienia elektroniczne będą obowiązkowe dla wszystkich instytucji zamawiających i procedur udzielania zamówień od października 2018 roku. Korupcja w tym obszarze wpływa na wiele sfer życia publicznego poprzez wydatkowanie budżetu państwa w interesie prywatnym, zniszczenie infrastruktury, powodowanie nieatrakcyjności gospodarki dla inwestorów i zmniejszenie zaufania społecznego do władz publicznych. Celem zamówień elektronicznych jest rozwiązywanie problemów korupcji w zamówieniach publicznych i zapewnienie rozwoju państwa.

SŁOWA KLUCZOWE

zamówienia publiczne, korupcja, e-zamówienia, system „ProZorro”

Wstęp

Korupcja przenika do różnych sfer życia społecznego. Jedną z najbardziej szkodliwych odmian jest korupcja w zamówieniach publicznych, ponieważ skutkuje ona stratami budżetu oraz świadczeniem usług i dostarczaniem towarów niskiej jakości lub wykonaniem prac niezgodnych z wymogami i potrzebami. Szkodę wynikającą z korupcji w zamówieniach publicznych trudno oszacować. Łączy ona w sobie korupcję w sektorze prywatnym oraz publicznym, ponieważ posiada elementy korupcji politycznej, związanej z administracją publiczną i korupcji w biznesie.

Zamówienia publiczne to umowy na usługi, dostawy lub roboty budowlane zawierane przez zamawiających z wykonawcami wybranymi w określonej ustawą procedurze. Mowa tu o mechanizmie polegającym na kupowaniu towarów i usług przez organy administracji publicznej dla państwowych organów, zakładów, organizacji i przedsiębiorstw. Głównym instrumentem zamówień publicznych jest przetarg, polegający na konkurowaniu z sobą propozycji, spośród których zamawiający (organ władzy państwowej) wybiera najdogodniejszą. Stronami zamówień publicznych są zamawiający i wykonawca. Zamawiającym może być organ władzy publicznej, organy samorządu albo przedsiębiorstwa, zakłady, organizacje, które zapewniają realizację potrzeb państwa na ogólnokrajowym albo lokalnym poziomie. Komitet przetargowy jest organem zamawiającego, który organizuje przetarg. Drugą stroną przetargu są wykonawcy, czyli przedsiębiorstwa i przedsiębiorcy, którzy biorą udział w przetargu.

Zamawiającym jest jednostka sektora publicznego, która chce zaspokoić swoje potrzeby przy pomocy jednostki sektora prywatnego, na przykład szkoła państwowa potrzebuje zakupić nowe komputery. Zakupienie takich komputerów nie odbędzie się zwyczajną drogą kupna, ale za pośrednictwem procedury zamówień publicznych, przedstawienia ofert przez firmy i wyboru najlepszej z nich do realizacji. Procedura zamówień publicznych ma na celu zaspokojenie zapotrzebowania zamawiającego dzięki środkom pochodzącym z budżetu państwowego, gwarantując przy tym wysoką jakość, efektywność i oszczędność środków budżetu państwowego. Korupcja w sektorze publicznym i prywatnym często łączy się z sobą podczas procedury zamówień publicznych, co daje nielegalne korzyści obu stronom.

Transparency International w sprawozdaniu za 2014 rok wskazuje na wiele negatywnych czynników spowodowanych korupcją w zamówieniach publicznych, które wywierają wpływ na państwo i społeczeństwo. Należą do nich: zmniejszenie poziomu zaufania do rządu i administracji publicznej,

obniżenie praworządności, zniekształcenie gospodarki i zwiększenie poziomu ubóstwa w państwie. Korupcja w zamówieniach publicznych wywiera także negatywny wpływ na środowisko, ochronę zdrowia, bezpieczeństwo, ochronę państwa oraz inne dziedziny. Korupcja jest tu także przeszkodą dla inwestycji i minimalizuje uczciwą konkurencję na rynku¹.

Przeciwdziałanie korupcji w sferze zamówień publicznych jest skomplikowaną procedurą, wymagającą implementacji wielu zasad efektywności i transparentności. Naczelną zasadą, łączącą w sobie zasady podrzędne, jest transparentność. To podstawa efektywnego i nieskorumpowanego systemu zamówień publicznych, która tkwi w dobrze sformułowanych przepisach, regulacjach i mechanizmach ich realizacji. Transparentność przewiduje otwartość procedur, klarowne standardy, możliwość prowadzenia kontroli społecznej, równe możliwości dla uczestników i otwarty dostęp do informacji zarówno dla uczestników przetargu, jak i dla zwykłych obywateli². Transparentność w zamówieniach publicznych polega na odpowiedzialności i odgrywa ważną rolę w tworzeniu równych możliwości dla biznesu, aby uczestnicy obrotu gospodarczego brali udział w uczciwej procedurze zamówień niezależnie od tego, czy są to mali lub średni przedsiębiorcy, czy też wielkie korporacje.

Transparentność nie może istnieć bez dostępu do informacji. Dostęp do nich jest częścią zasady transparentności. Poufność informacji tworzy okazję do zachowań korupcyjnych i uniknięcia odpowiedzialności. Problem korupcji tkwi w jej niewykrywalności oraz trudności w uzyskaniu dowodów popełnienia czynu niezgodnego z prawem. Konfidencyjność informacji w procedurze zamówień publicznych powinna być ograniczona do informacji, która jest tajemnicą przedsiębiorczą albo chroniącą uczciwą konkurencję (informacja o firmie, która może być wykorzystana przez inną firmę w celach prowadzenia nieuczciwej konkurencji). Od dostępu do informacji zależy możliwość przeprowadzenia kontroli, w tym kontroli społecznej i pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców korupcji. Dostęp do informacji powinien być pełny, właściwy czasowo, klarowny i bez ograniczeń podmiotowych. Ostatni z warunków oznacza, że i uczestnicy, i obywatele powinni mieć dostęp do informacji dotyczącej zamówienia publicznego. Pełny dostęp do informacji nie przewiduje ograniczeń oprócz tych dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa i chroniących uczciwą konkurencję. Ła-

¹ *Curbing corruption in public procurement: a practical guide*, Transparency International 2014, s. 9–10.

² *A strategy for improving public procurement*, International Trade Centre UNCTAD, Switzerland 1999.

twość uzyskania informacji polega na możliwości jej znalezienia przez każdą osobę bez szczególnej wiedzy lub bez poszukiwania w źródłach, do których dotarcie przewiduje dodatkowe procedury. Właściwy czasowo dostęp do informacji polega na dostępności bieżącej informacji w toku prowadzenia procedury zamówień, a nie post factum, co gwarantuje przeciwdziałanie korupcji i zapobiega zawarciu umowy korupcyjnej.

Ujawnienie informacji na wszystkich etapach procedury zamówień publicznych daje możliwość niedoprowadzenia do zawarcia umowy korupcyjnej. Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych jest ważne ze względu na ewentualną stratę pieniędzy z budżetu państwowego, ponieważ po wykryciu szkody wyrządzonej państwu zwrócenie środków jest problematyczne. Czasem zwrot do budżetu państwowego może przeciągać się przez lata, co stwarza lukę w budżecie.

APEC (Wspólnota Gospodarcza Azji i Pacyfiku) deklaruje w swoich niewiążących zasadach realizacji zamówień publicznych, że „kontakty między wszystkimi dostawcami i personelem oceniającym a oferentami i potencjalnymi oferentami powinny być formalnie uzasadnione po oficjalnym procesie udzielania zamówień”³.

W zamówieniach publicznych przedstawiciele administracji publicznej posiadają szerokie uprawnienia dyskrecyjne. W celu określenia pożądanego rezultatu każdej czynności zamawiający zobowiązany jest ustalić, „gdzie, dlaczego i kiedy pojawia się potrzeba, na jaki okres czasowy, w jakiej jednostce lub lokalizacji”. Kontrola technicznych elementów czasu realizacji może być przeprowadzona obiektywnie, jednak niektóre aspekty ewaluacji są wyraźnie indywidualne⁴.

Do zasady transparentności możemy odnieść także dostęp do dokumentacji. W procedurze zamówień publicznych wymagane są różne dokumenty potwierdzające działalność kandydatów, jakość i charakterystykę produkcji lub prac i inne. Ocenę złożonych dokumentów przeprowadzają przedstawiciele administracji publicznej (zamawiający), którzy decydują o ich ilości. W tym przypadku także pojawia się kwestia dyskrecyjności działalności przedstawicieli administracji publicznej. Ważne w tej sytuacji jest zachowanie właściwego zapisu całego procesu udzielania zamówień, w tym decyzji i działań podjętych w trakcie procesu oraz powodów ich podjęcia

³ APEC, *Non-binding principles on government procurement*, APEC Government Procurement Expert Group, WT/WGTGP/W/24, [online] <http://docsonline.wto.org> [dostęp: 21.07.2017].

⁴ D. Della Porta, A. Vannucci, *Corrupt exchanges: Empirical themes in the politics and political economy of corruption*, paper prepared for conference, Bielefeld, May 2001, s. 9.

w zakresie wystarczającym, by je uzasadnić. Wszystkie informacje powinny być przechowywane przez pewien ustalony czas⁵, co zapewni możliwość dokonania bieżącej kontroli i kontroli po zakończeniu przetargu, a także sprawdzenia zgodności z prawem czynności zamawiającego.

Jedną z możliwości dokonania zamówień z elementem korupcyjnym jest ograniczenie dostępu do procedury zamówień. Dyskwalifikować z procedury wyboru wykonawcy można poprzez zwiększenie listy wymaganych dokumentów dla konkretnego kandydata lub niezaakceptowanie złożonych dokumentów. W sytuacji, gdy nie ma dostępu do informacji, nie można sprawdzić, jakie dokumenty złożyli inni kandydaci i czy są równie niedyskryminujące wymogi dla każdego z nich.

Co do zasady, procedura dyskwalifikacyjna powinna być określona w ustawie, przejrzysta i jawna. Każdy kandydat i obywatel powinien wiedzieć, jakie są przyczyny dyskwalifikacji. Powinny być one jednoznaczne, jawne i klarownie napisane.

Wysokie standardy międzynarodowe zasad i reguł wpływają na możliwości w ramach transakcji wewnętrznych. Lambsdorff zwraca uwagę na ryzyko umów korupcyjnych związanych ze współwłasnością. Zaznacza on, że osoby świadczące i otrzymujące usługi, towary lub roboty mogą zawrzeć korupcyjną umowę i założyć wspólną spółkę, a wtedy uzyskanie dochodów przez określoną spółkę będzie interesem obu stron⁶.

Kolejną ważną zasadą jest integralność. Łączy ona w sobie etyczne standardy i moralne wartości uczciwości, profesjonalizmu i sprawiedliwości i jest podstawą niedyskryminacji i zgodności procedury zamówień publicznych.

W celu realizacji zasady integralności oraz określenia standardów etycznych w zamówieniach publicznych zostały stworzone Kodeksy etyczne w zamówieniach publicznych (*Code of Conduct*). Ważny w tej sytuacji jest nie tylko *de iure* uchwalony dokument, ale też jego implementacja w działalności zamawiającego i realne przestrzeganie przepisów kodeksu na każdym etapie procedury zamówień publicznych. Przykładem Kodeksu etycznego w zamówieniach publicznych jest Kodeks zachowania w zamówieniach publicznych Kanady⁷. Ma on na celu podsumowanie istniejącego prawa, zapewniając jeden punkt odniesienia dla kluczowych obowiązków za-

⁵ APEC, *Non-binding...*, op. cit.

⁶ J. Lambsdorff, *Making corrupt deals: contracting in the shadow of the law*, "Journal of Economic Behaviour and Organisation" 2001, s. 17 (forthcoming).

⁷ *Public service and procurement Canada Code of Conduct*, [online] <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/apropos-about/code-cond-eng.html> [dostęp: 21.07.2017].

równie urzędników państwowych, jak i dostawców. W Kodeksie zostały opisane: proces zamówień publicznych, prawa i obowiązki dwóch stron, zamawiającego i wykonawcy, zabezpieczenie, konsekwencje i odpowiedzialność⁸.

Transparentność gwarantuje możliwość istnienia konkurencji, a ta utrudnia korupcję, ponieważ zmniejsza zwrot z korupcyjnej działalności ekonomicznej: im większa konkurencja, tym są potrzebne większe łapówki. Mniejsze łapówki demotywują przedstawicieli administracji publicznej w związku z zawieraniem umów korupcyjnych. Poziom korupcji obniża także monopol naturalny, gdy tylko jeden podmiot może zapewnić konkretną dostawę albo wykonanie robót⁹. Rozwojowi korupcji najbardziej sprzyja środowisko niskiej konkurencji. Z tego powodu zamawiający, który posiada interes prywatny w zamówieniach publicznych, może sztucznie stwarzać taką sytuację.

Korupcja w zamówieniach publicznych ma wewnętrzny i zewnętrzny wpływ na rozwój gospodarki państwa i przepływ inwestycji. Firmy krajowe i międzynarodowe często spotykają się z dylematem skorumpowanych zamówień publicznych. W takich systemach firmy są przekonane, że muszą zapłacić łapówkę, aby wygrać przetarg, są więc jak „ofiara, która nie może mieć żadnego wpływu na środowisko”. Korupcja jest zjawiskiem dwustronnym – obie strony zawierają umowę dla własnych interesów. Rose-Ackerman pisze, że zawieranie umów korupcyjnych nawet w skorumpowanym środowisku zamówień publicznych jest decyzją firm, czy uczestniczyć w takim procederze, czy zrezygnować i zgłosić naruszenia do właściwych krajowych i międzynarodowych organów¹⁰.

Wpływ nowych dyrektyw UE dotyczących przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych na prawo krajowe

Prawo zamówień publicznych składa się z prawa krajowego i międzynarodowego. Do najważniejszych aktów prawa międzynarodowego dotyczących przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych, oprócz ogólnych aktów międzynarodowych, należą także szczegółowe międzynarodowe antykorupcyjne akty prawne: Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa

⁸ *Public Works and Government Services Canada*, [online] <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/contexte-context-eng.html> [dostęp: 15.02.2017].

⁹ A. Ades, R. Di Tella, *Rents, Competition and Corruption*, „American Economic Review” 1999, Vol. 89, No. 4, s. 94.

¹⁰ S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge 1999, s. 188.

zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, podpisana w Paryżu 17 grudnia 1997 roku¹¹; Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych oraz Rekomendacje Rady OECD w sprawie dalszego zwalczania przekupstwa w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 26 listopada 2009 roku; Rekomendacje OECD w sprawie poprawy uczciwości w zamówieniach publicznych¹²; UNCITRAL Ustawa Modelowa w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług¹³; Porozumienie w sprawie zamówień rządowych WTO¹⁴.

Dyrektywy Unii Europejskiej także regulują procedury zamówień publicznych i wprowadzają różne mechanizmy przeciwdziałania korupcji w tej sferze. Do najważniejszych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych należą: Dyrektywa 2004/17/EC z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych¹⁵; Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi¹⁶; Dyrektywa 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE¹⁷. Są to także nowe dyrektywy wprowadzające wiele zmian do systemu zamówień publicznych: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego

¹¹ Konwencja o Zwalczaniu Przekupstwa Zagranicznych Funkcjonariuszy Publicznych w Międzynarodowych Transakcjach Handlowych, podpisana w Paryżu 17 grudnia 1997 r. (Dz. U. Z 2001 r. Nr 23, poz. 264).

¹² *Rekomendacje OECD w sprawie poprawy uczciwości w zamówieniach publicznych*, [online] <http://www.oecd.org/governance/ethics/41549036.pdf>. [dostęp: 15.02.2017].

¹³ *UNCITRAL Ustawa Modelowa w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług*, [online] [ghhttp://www.bzg.pl/sites/www.bzg.pl.new/files/bzg-2005-04/ustawa_modelowa_onz.pdf](http://www.bzg.pl/sites/www.bzg.pl.new/files/bzg-2005-04/ustawa_modelowa_onz.pdf) [dostęp: 15.02.2017].

¹⁴ *Porozumienie w sprawie zamówień rządowych WTO*, [online] https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm [dostęp: 7.02.2017].

¹⁵ Dyrektywa 2004/17/EC z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.L. 134 z 30.4.2004).

¹⁶ Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L. z 30.4.2004).

¹⁷ Dyrektywa 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., str. 76, z późn. zm.).

i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE¹⁸; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE¹⁹; oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji²⁰.

Dyrektywa 2014/24/UE wprowadza progi stosowania zawartych w niej regulacji do zamówień publicznych. Dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których wartość oszacowano na poziomie lub powyżej ustalonych progów. W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane próg wynosi 5 186 000 euro. W przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów tych instytucji próg ustalono na poziomie 134 000 euro. W przypadku instytucji zamawiających poniżej szczebla centralnego – 207 000 euro. Dyrektywa 2014/24/UE wprowadza obowiązkową komunikację elektroniczną.

Dyrektywa 2014/24/UE przewiduje następujące procedury udzielenia zamówienia: procedura otwarta, procedura ograniczona, procedura konkurencyjna z negocjacjami, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, procedura negocjacyjna bez ogłoszenia. Zgodnie z art. 26 ust. 2–4 Dyrektywy państwa członkowskie zobowiązane są do tego, by przewidzieć we własnym ustawodawstwie wszystkie wymienione procedury z wyjątkiem ostatniej. Procedura otwarta polega na możliwości złożenia oferty przez każdego zainteresowanego wykonawcę w odpowiedzi na zaproszenie do procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Procedura konkurencyjna z negocjacjami jest procedurą, w której zamawiający w celu zapewnienia niedyskryminacji i sprawiedliwości zobowiązany jest określić w dokumentach zamówienia minimalne wymogi i kryteria udzielenia zamówienia, które nie podlegają negocjacjom. Minimalne wymagania powinna spełniać każda oferta wykonawców, by możliwe było udzielenie zamawiającemu zamówienia. Procedurę dialogu konkurencyjnego stosuje się w sytuacji, gdy zamawiający określa swoje potrzeby i wymagania, ale nie potrafi określić

¹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.).

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 1, z późn. zm.).

sposobu ich spełnienia oraz nie może ocenić, jakie rozwiązania może zaofiarować rynek. Na przykład mogą to być projekty innowacyjne, projekty wymagające złożonego i strukturyzowanego finansowania czy projekty dużych sieci komputerowych.

Nową procedurą zamówień publicznych jest partnerstwo innowacyjne. Zgodnie z artykułem 31 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE jej celem jest „opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych oraz późniejszy zakup dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem tych prac, pod warunkiem, że odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom uzgodnionym między instytucjami zamawiającymi a uczestnikami”²¹. W tej procedurze zamówienia udzielane są na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny.

Dyrektywa 2014/24/UE poświęca wiele artykułów zagadnieniu elektroniczacji zamówień publicznych w celu osiągnięcia celów strategii Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 roku „Europa 2020, strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”. Elektroniczacja zamówień publicznych ma zapewnić elektroniczny dostęp do dokumentów zamówienia publicznego oraz katalogów elektronicznych. Zgodnie z art. 22 Dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie zapewniają, że wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy dyrektywy, w szczególności elektroniczne składanie ofert, oraz przeprowadzana jest z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji.

Motyw 52 preambuły wskazuje, iż przekazywanie ogłoszeń w formie elektronicznej, elektroniczna dostępność dokumentów zamówienia oraz w pełni elektroniczna komunikacja, oznaczająca komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert, powinny być obowiązkowe.

Centralne jednostki kupujące powinny obowiązkowo korzystać w postępowaniach o udzielenie zamówienia z elektronicznych środków komunikacji najpóźniej od dnia 18 kwietnia 2017 roku, wszyscy pozostali zamawiający powinni mieć taki obowiązek najpóźniej od dnia 18 października 2018 roku. System elektroniczny zgodnie z Dyrektywą ma być niedyskryminujący, ogólnie dostępny oraz nie może ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. Dyrektywa przedstawia zamkniętą listę wyjątków od obowiązku wykorzystania środków elektronicznych.

²¹ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31, ust. 2.

System e-zamówień: pojęcie, mechanizm działania i najważniejsze cele

E-zamówienia są wykorzystaniem informacyjnych i komunikacyjnych technologii w zamówieniach publicznych. System e-zamówień sprzyja zwiększeniu transparentności, ułatwia dostęp do przetargów, zmniejsza bezpośrednią komunikację między zamawiającym a uczestnikami zamówień (firmami, przedsiębiorcami), zwiększa konkurencyjność i umożliwia łatwe wykrycie łamania prawa, korupcji i korupcyjnych związków. System e-zamówień pełni trzy najważniejsze funkcje: umożliwia dostęp do informacji uczestnikom przetargu i obywatelom, przedstawia informacje w transparentny, przejrzysty i klarowny sposób, a także zwiększa poziom odpowiedzialności poprzez możliwość prowadzenia kontroli przez właściwe organy, kontroli społecznej oraz możliwość ustalenia osoby odpowiedzialnej za konkretną czynność²². E-zamówienia umożliwiają prowadzenie kontroli na różnych poziomach, w szczególności: kontroli właściwych organów, uczestników zamówienia, organizacji pozarządowych, organów antykorupcyjnych i Komitetu Antymonopolowego (organ kształtujący i koordynujący realizację polityki uczciwej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych i działalności gospodarczej), kontroli społecznej oraz w przypadku zamówień od podmiotu zagranicznego kontroli organów międzynarodowych. Przykładem takiego systemu e-zamówień jest na przykład KONEPS w Korei²³.

Zamówienia publiczne są skomplikowane i często dalekie od transparentności. To powoduje trudności w wykryciu zachowania korupcyjnego. Korupcja może się pojawić na każdym z sześciu etapów zamówień: określenie potrzeb, ustalenie zamawiającego i ogłoszenie zamówienia, etap przygotowawczy (określenie warunków udziału w postępowaniu), otwarcie ofert i kwalifikacja wykonawców, wybór oferty i zawarcie umowy, wykonanie zamówienia i sprawdzenie²⁴.

²² S. Bhatnagar, *Transparency and Corruption: Does E-Government Help?*, CHRI Report Open Sesame: Looking for the Right to Information in the Commonwealth, 2003, [online] <http://www.iimahd.ernet.in/~subhash/pdfs/CHRIDraftPaper2003.pdf>, s. 2, [dostęp: 7.02.2017].

²³ *Public Procurement Service, Korea*, [online] <https://www.pps.go.kr/eng/index.do> [dostęp: 15.02.2017].

²⁴ Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006, [online] http://www.transparency.org/whatwedo/activity/curbing_corruption_in_public_procurement, p. 17, [dostęp: 7.02.2017].

Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych na Ukrainie i nowy system e-zamówień „ProZorro”

Po wydarzeniach z 2014 roku na Ukrainie aktywiści społeczni wystąpili z inicjatywą stworzenia systemu e-zamówień. Zamówienia publiczne były jedną z najbardziej skorumpowanych dziedzin, powodującą ogromne straty w budżecie państwa. Zgodnie z informacją ekspertów każdego roku Ukraina traciła około 50 mld hrywien przez korupcję w zamówieniach publicznych. Sytuacja polityczna, problemy gospodarcze i zwiększenie wydatków przez wojnę na wschodzie Ukrainy wzmogły potrzebę walki z korupcją w zamówieniach publicznych. Także wybrany przez Ukrainę kurs europejskiej integracji wymagał doprowadzenia standardów zamówień publicznych do standardów UE. W 2014 roku zostały uchwalone trzy nowe dyrektywy UE w sferze zamówień publicznych. Najważniejszą innowacją wprowadzoną na mocy tych dyrektyw jest stworzenie systemu e-zamówień we wszystkich państwach UE do października 2018 roku. Ukraina wprowadziła testowy model e-zamówień jeszcze w 2015 roku, a od 1 sierpnia 2016 roku funkcjonuje on jako samodzielny, powszechnie obowiązujący system zamówień publicznych.

a. Korupcja w systemie zamówień publicznych przed reformą

Przed reformą zamówienia publiczne były nietransparentne i skorumpowane, co było spowodowane w szczególności ograniczonym dostępem do informacji i biurokracją. W związku z udziałem w przetargu wykonawca był zobowiązany do złożenia wielu różnych dokumentów, a czas na to był ograniczony. Informacja o przetargu była swego rodzaju informacją poufną – trudno było dowiedzieć się o ogłoszeniu przetargu, choć wiedzieli o nim kandydaci zamawiającego. Osoby spoza grona znajomych zamawiającego często po uzyskaniu informacji o przetargu po prostu nie mieli możliwości złożenia dokumentów przez biurokrację i skomplikowane procedury. Z tego powodu w przetargach brały udział osoby, których powodzeniem zainteresowany był bezpośrednio zamawiający. Wymogi dla towarów lub usług spisywano z ich oferty. Nie było możliwości śledzenia toku przetargu, ponieważ ujawniano informacje dotyczące bezpośrednio przetargu (ogłoszenie o przetargu) i jego wyniki.

Do czasu wprowadzenia systemu e-zamówień fakt zawarcia umowy korupcyjnej między zamawiającym i wykonawcą można było wykryć poprzez badanie ceny ustalonej przez zamawiającego i ceny, która wygrała przetarg. Zamawiający, mając prywatny interes w procedurze zamówienia, wystawiał maksymalną cenę na określony towar, na przykład 300 000 hrywien, i zwyciężała osoba proponująca 299 000 hrywien. Różnica między ceną maksymalną zamawiającego i zwycięzcy przetargu była minimalna. Celem przetargu jest zaoszczędzenie pieniędzy z budżetu. Po przeprowadzeniu analizy „papierowych” przetargów ustalono, że średnia różnica między ceną maksymalną zamawiającego i ceną wykonawcy stanowiła mniej niż 0,5%. Z tak niskim współczynnikiem różnicy oszczędność pieniędzy z budżetu państwa była znikoma. Taka sytuacja nie pozwalała zaoszczędzić, a przetarg nie spełniał swojego najważniejszego celu, mianowicie nabywania towarów, usług lub robót wysokiej jakości za najniższą cenę. Często o przetargu nie wiedziały osoby, które mogłyby stworzyć konkurencję, wygrywała zaś osoba, z którą przedstawiciele organu władzy zawierali korupcyjną umowę.

Schemat korupcyjnej umowy był następujący. Organ władzy zamieszczał ogłoszenie o przetargu, o którym została uprzedzona druga strona korupcyjnej umowy. Zamawiający wystawiał cenę maksymalną, a przyszły wykonawca zamówienia dawał cenę minimalnie mniejszą od ceny maksymalnej zamawiającego. Przyszły wykonawca oczywiście sztucznie podwyższał cenę swoich towarów i usług. Dzięki zawarciu korupcyjnej umowy nie miał obaw, że przetarg może wygrać inna osoba, ponieważ, po pierwsze, niewiele osób o nim wiedziało, po drugie zaś, wszystkie wymagane dokumenty miały formę drukowaną i aby je złożyć, potrzebny był określony czas. Osoba, która wiedziała o ogłoszeniu przetargu, mogła zdążyć zwalczyć biurokrację i złożyć wymagane pisma. Po trzecie, w dokumentach organ przeprowadzający przetarg mógł znaleźć „błąd”, wynikiem czego była dyskwalifikacja z przetargu. Po czwarte, nie było konkurencji, ponieważ warunki i wymogi dla produkcji, usług lub robót zostały spisane bezpośrednio z zamówienia przyszłego wykonawcy, z którym została zawarta umowa korupcyjna. Zwycięzcę przetargu wybierała komisja przetargowa, co też było nietransparentne.

W wyniku wykonania umowy korupcyjnej państwo traci pieniądze z budżetu, ponieważ nie ma oszczędności, towary lub usługi nie zawsze są odpowiedniej jakości, a ponadto ze sfery zamówień publicznych znika konkurencja, która jest przesłanką do zaufania organom władzy i zapewnienia efektywnych, jakościowych, tanich towarów, usług i robót. System zamówień

publicznych sprzed wprowadzenia „ProZorro” wyłączał możliwość kontroli społecznej, ponieważ śledzenie toku przetargu było bardzo skomplikowane dla zwykłych obywateli, a ujawnienie korupcji było możliwe tylko ze strony osób mających wiedzę i kompetencje do przeprowadzenia antykorupcyjnej ekspertyzy zamówień publicznych.

b. Aspekty prawne reformy i algorytm działania e-zamówień na Ukrainie

Zgodnie z Ustawą Ukrainy z dnia 25 grudnia 2015 roku o zamówieniach publicznych²⁵ zamawiający zobowiązani są prowadzić wszystkie przetargi przez system „ProZorro”, jeśli wartość towarów jest równa albo wyższa 200 000 hrywien (około 30 000 złotych), a usług równa albo wyższa 1,5 miliona hrywien (około 220 000 złotych). W każdej miejscowości lub w rejonie można obniżyć progi z 200 000 hrywien do na przykład 50 000 hrywien dla transparentności wszystkich zamówień, w tym zamówień drobnych. Wyjątkiem od tej reguły są przetargi przeprowadzone ze środków międzynarodowych organizacji finansowych, na przykład kredyty udzielone przez Europejski Bank Inwestycji, Północny Inwestycyjny Bank, Międzynarodowy Bank Rekonstrukcji i Rozwoju i inne. W tych przypadkach zamówienia publiczne są dokonywane zgodnie z zasadami i procedurami tych organizacji. Jeżeli takich procedur nie ustalono, to zgodnie z przepisami Ustawy o zamówieniach publicznych przetargi poniżej wymienionych kwot można przeprowadzać przez system „ProZorro”, ale nie ma takiego obowiązku. Zamawiający jest zobowiązany opublikować w systemie „ProZorro” sprawozdanie z zamówienia publicznego o wartości powyżej 50 000 hrywien.

Zgodnie z Ustawą zamówienia publiczne działają na zasadach uczciwej konkurencji, maksymalnej ekonomii i efektywności, transparentności i otwartości we wszystkich stadiach zamówień, niedyskryminacji, przeciwdziałania korupcji i obiektywnej oceny propozycji przetargowych. Ważną zasadą jest niedyskryminowanie w sferze dostępu do informacji, co zapewnia równy dostęp do wszelkich informacji o przetargu uczestnikom i zwykłym obywatelom. Ministerstwo Rozwoju Gospodarczego i Handlu prowadzi politykę w sferze zamówień publicznych. Komitet Antymonopolowy Ukrainy jest organem rozpatrującym skargi dotyczące naruszeń w zamówieniach publicznych.

²⁵ Ustawa Ukrainy z dnia 25 grudnia 2015 r. o zamówieniach publicznych, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 9, ст. 89.

Zamawiający zobowiązany jest do tego, by opublikować ogłoszenie o przetargu w systemie „ProZorro”. Jeżeli oczekiwana wartość towarów i usług wynosi ponad 133 000 euro, a prac – 5 150 000 euro, zamawiający zobowiązany jest opublikować ogłoszenie w języku ukraińskim i angielskim.

Ustawa Ukrainy przewiduje trzy rodzaje procedur zamówień publicznych: przetarg otwarty, dialog konkurencyjny i negocjacyjną procedurę zamówień²⁶. Zgodnie z poprzednią ustawą o zamówieniach publicznych było pięć rodzajów zamówień: przetarg otwarty, dwustopniowy przetarg, zapytanie cenowe, poprzednia kwalifikacja uczestników i negocjacyjna procedura zamówień²⁷.

Konkurencyjny dialog stosuje się w przypadku, gdy zamawiający nie może doprecyzować technicznych, jakościowych specyfikacji usług lub prac i w celu podjęcia efektywnej decyzji potrzebne są negocjacje z uczestnikami. Ten rodzaj zamówień publicznych stosuje się w sferze usług konsultacyjnych, prawnych, badań naukowych, systemów informacyjnych itp.

Negocjacyjna procedura zamówień jest stosowana w szczególnych przypadkach. Przewiduje ona przeprowadzenie negocjacji z jednym lub kilkoma uczestnikami przetargu przed zawarciem umowy. Do wyłącznych wypadków stosowania tej procedury należy zamawianie utworów sztuki oraz brak konkurencji na rynku, czego rezultatem jest możliwość zawarcia umowy tylko z jednym uczestnikiem. Działa to także w sytuacji nadzwyczajnej, gdy nie ma czasu ani możliwości na dokonanie innej procedury przetargowej.

System „ProZorro” pozwala uniknąć biurokracji, ponieważ wszystkie dokumenty uczestnicy przetargu składają w formie elektronicznej. System sporządza sprawozdanie z przetargu (wcześniej zamawiający był zobowiązany do sporządzenia sprawozdania i opublikowania go na stronie Ministerstwa Rozwoju Gospodarczego i Handlu). Do czasu wprowadzenia systemu „ProZorro” wszystkie dokumenty uczestnicy zamówienia składali w formie papierowej osobiście. Złożenie dokumentów wymagało poświęcenia czasu i wiązało się z wieloma procedurami biurokratycznymi. Obecnie zamawiający nie może wymagać od uczestników dodatkowych dokumentów, nieprzewidzianych ustawodawstwem dla osób prawnych, fizycznych i przedsiębiorców prowadzących indywidualną działalność gospodarczą. Przed reformą przez szerokie prawa dyskrecyjne zamawiającego z przetargu wyłączeni byli uczestnicy, którzy swoim udziałem przeszkadzali w wyko-

²⁶ Ustawa Ukrainy z dnia 25 grudnia 2015 r. o zamówieniach publicznych, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, №9, ст. 89.

²⁷ Ustawa Ukrainy z dnia 10 kwietnia 2014 r. o dokonaniu zamówieniach publicznych, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 24, ст. 883.

naniu umów korupcyjnych. Wymogi przedstawienia dodatkowych dokumentów były sposobem dyskwalifikacji niepotrzebnych uczestników w toku przetargu.

Równie ważnym aspektem przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych jest wprowadzenie rejestru osób, które popełniły czyny korupcyjne albo czyny powiązane z korupcją²⁸. Rejestr umożliwia sprawdzenie uczestników przetargu i dyskwalifikację tych firm, które wygrywały poprzednie przetargi, zawierając umowy korupcyjne.

Sukcesy i problemy systemu e-zamówień

System „ProZorro” potwierdził swoją efektywność i transparentność. Przykładem jego znaczącego sukcesu jest przeprowadzenie przetargu na budownictwo szkoły w małej wsi Ozerci w obwodzie Rówieńskim. Na budowę szkoły przeznaczono kwotę maksymalną w wysokości 42 milionów hrywien (ponad 6 milionów złotych). Cena wykonawcy, firmy budowlanej, która wygrała przetarg, wynosi tylko 48% ceny maksymalnej – 20 milionów hrywien (ponad 3 miliony złotych). System „ProZorro” pozwolił zaoszczędzić środki, które przeznaczono na wybudowanie nowej szkoły w innej wsi.

Obecnie, zgodnie z analizą ekspertów i twórców systemu „ProZorro”, współczynnik różnicy między ceną maksymalną zamawiającego i ceną wykonawcy wynosi średnio 12–13%. Obecnie najtańszą i najwygodniejszą opcję wybiera sam system na podstawie informacji wprowadzonych przez uczestników przetargu. Na zamówieniach przez system „ProZorro”, który 1 sierpnia 2016 roku stał się systemem powszechnie obowiązującym, zgodnie ze statystykami zaoszczędzono 10 mld hrywien. Wymieniona kwota jest różnicą pomiędzy środkami przewidzianymi w budżecie państwa na konkretne zamówienia i sumą podpisanych umów z wykonawcami. Środki zaoszczędzone na zakończonych i jeszcze trwających zamówieniach wynoszą już ponad 17 mld hrywien²⁹.

System „ProZorro” zdobył nagrodę World Procurement Awards 2016, wyróżnienie w dziedzinie zamówień publicznych. W 2017 roku system ten został po raz drugi nominowany do nagrody³⁰. Dzięki niemu Ukraina wyprzedza wiele państw w zakresie transparentności zamówień publicznych.

²⁸ Zob. *Rejestr osób, którzy popełnili czyny korupcyjne lub czyny powiązane z korupcją*, [online] <http://corrupt.informjust.ua/> [dostęp: 21.07.2017].

²⁹ Zob. [online] <http://bi.prozorro.org> [dostęp: 21.07.2017].

³⁰ *World Procurement Awards*, [online] <https://www.procurementleaders.events/world-procurement-awards/shortlist> [dostęp: 20.02.2017].

Omawiany system e-zamówień przeciwdziała korupcji w sferze zamówień publicznych. Stwarza nowe warunki, ale nie zmienia ludzi obejmujących stanowiska w administracji publicznej, występujących często jako zamawiający. Poprzedni system umożliwiał szeroki zakres czynów korupcyjnych, łamanie prawa i manipulacji. Nowy system nie daje tej możliwości, ale zostały zarejestrowane próby obejścia systemu i dokonania zamówienia zgodnie ze starym, korupcyjnym schematem.

Ustawa o zamówieniach publicznych przewiduje możliwość obniżenia progów zamówień realizowanych przez system „ProZorro” przez rady miast. Celem jest zwiększenie konkurencji i przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych. Do 1 sierpnia 2016 roku dokonywanie zamówień przez system „ProZorro” nie było powszechne ani obowiązkowe, ponieważ system znajdował się na etapie testowania. Pierwszą próbą jego ominięcia było dokonanie wszystkich możliwych zamówień przez zamawiających, którzy chcieli dokonać działań korupcyjnych, przed 1 sierpnia 2016 roku. Jak zauważa kierownik Oddziału Przeciwdziałania Korupcji Centrum Studiów Politycznych i Analityki „Eidos” Glib Kanewskyj, taką tendencję można obserwować w sferze ochrony zdrowia. Stan szpitali na Ukrainie potwierdza, że przez wiele lat zamówienia państwowe były dokonywane z dużym stopniem korupcji. Drugim sposobem na ominięcie systemu jest ustalenie niższych progów na zamówienia towarów i usług, ale nie prac. W obwodzie Charkowskim Rada Miasta ustaliła niższe progi, w związku z czym zamówienia towarów w wysokości od 50 tys. hrywien mają być dokonywane przez system „ProZorro”. Dla robót próg 1,5 miliona hrywien pozostał bez zmian. Duże kwoty wydawane są zatem na roboty, a nie na towary i usługi, co pozwala nadal uzyskiwać nielegalne dochody przez korupcyjne działania w zamówieniach publicznych między zamawiającymi i wykonawcami. Roboty o wartości sięgającej milionów hrywien w szpitalach wykonują firmy związane z politykami i zamawiającymi, firmy bez doświadczenia albo w ogóle z innej sfery działalności. Zamawiający zawiera czasami kontrakty z firmami wykonawcami zamówienia, przeciwko którym toczono sprawy karne. W Charkowie pod jednym adresem zarejestrowano 16 firm i każda z nich otrzymywała kontrakty na miliony hrywien, wykonując zamówienie publiczne różnych szpitali³¹. Analizując stan szpitali, w szczególności w Charkowie, dochodzimy do wniosku, że żadne z prac za miliony hrywien nie zostały wykonane, a korupcja w zamówieniach publicznych w sferze ochrony zdrowia jest na bardzo wysokim poziomie. Wiele firm rejestruje się także w celu

³¹ Г. Каневський, *Бідні, бо дурні, або як підвищити ефективність витрат лікарень*, Економічна правда, 13.01.2017, [online] epravda.com.ua [dostęp: 20.02.2017].

wykonania konkretnych zamówień. Również w tym przypadku nie można mówić o dobrej jakości czy też w ogóle wykonaniu jakichkolwiek prac zgodnie z zamówieniem. Firmy tworzone są wyłącznie w celu realizacji korupcyjnego schematu uzyskania środków pochodzących z zamówienia publicznego. Jak zaznacza autor badania, firmy, przeciwko którym wytoczono sprawy karne za podwyższenie wartości prac w szpitalach, dostają nowe środki z zamówień publicznych, co powoduje kolejne okradanie budżetu.

Rozwiązaniem jest przeprowadzenie wszystkich zamówień publicznych dotyczących robót oraz towarów i usług od 10 tys. hrywien (około 1500 zł) przez system „ProZorro”. Na drobne wydatki (na przykład bandażę dla szpitali) należy zostawić minimalną kwotę, by można było dokonywać zamówień bez konkursu. Jest to wymagane ze względu na czas realizacji zamówienia przez system „ProZorro” i zarazem pilne zapotrzebowanie na rzeczy pierwszej potrzeby dla szpitali.

Wnioski

Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych jest ważnym krokiem demokratyzacji państwa, poprawy stanu gospodarki i zwiększenia atrakcyjności inwestycyjnej. System e-zamówień „ProZorro” w krótkim czasie wykazał na Ukrainie efektywność. Międzynarodowe nagrody i wysoki stopień oszczędności budżetu państwa są potwierdzeniem skutecznego przeciwdziałania korupcji w zamówieniach publicznych. Również harmonizacja nowych regulacji dotyczących zamówień publicznych na Ukrainie ze standardami UE jest ważnym krokiem europejskiej integracji tego kraju.

COUNTERACTING CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT AND NEW E-PROCUREMENT SYSTEM PROZORRO IN UKRAINE

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze mechanisms of counteracting corruption in public procurement. E-procurement is of the most effective instrument fighting corruption in public procurement. The main aim of e-procurement is implementation and real action principles of transparency, access to information, integrity and efficiency. Public procurement was one of the most corrupted spheres in Ukraine. It has big negative influence on state budget and condition of state and municipal property. New e-procurement system ProZorro in a short time presented efficiency in fighting corruption in public procurement and saving state budget funds. Ukraine rollout e-procurement system in less two years. In 2014 were adopted setting out new rules for the counteraction corruption in public procurement. The main innovation of the directives is new rules of e-procurement in EU countries. E-procurement will be man-

datory for all contracting authorities and procurement procedures by October 2018. Corruption in public procurement has an influence on many spheres of public life by state budget expenditures in private interests, a destruction of the infrastructure, an economy remains not attractive to investors and social trust to public authorities reduces. E-procurement intended to solve corruption problems in public procurement and ensure a development of the state.

KEYWORDS

public procurement, corruption, e-procurement, system ProZorro

BIBLIOGRAFIA

1. *A strategy for improving public procurement*, International Trade Centre UNCTAD, Switzerland 1999.
2. Ades A., Di Tella R., *Rents, Competition and Corruption*, "American Economic Review" 1999, Vol. 89, No. 4.
3. Bhatnagar, S. *Transparency and Corruption: Does E-Government Help?*, CHRI Report Open Sesame: Looking for the Right to Information in the CommonWealth, 2003, [online] <http://www.iimahd.ernet.in/~subhash/pdfs/CHRIDraftPaper2003.pdf> [dostęp: 7.02.2017].
4. *Curbing corruption in public procurement: a practical guide*, Transparency International 2014.
5. Della Porta, D., Vannucci A., *Corrupt exchanges: Empirical themes in the politics and political economy of corruption*, paper prepared for conference, Bielefeld, May 2001.
6. Dyrektywa 2004/17/EC z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.L. 134 z 30.04.2004).
7. Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. (Dz. U. UE L z 30.04.2004).
8. Dyrektywa 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawy koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., str. 76, z późn. zm.).
9. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 1, z późn. zm.).
10. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).
11. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.U.E.L. 2014.94.65).
12. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.).

13. Konwencja o Zwalczaniu Przekupstwa Zagranicznych Funkcjonariuszy Publicznych w Międzynarodowych Transakcjach Handlowych, podpisana w Paryżu 17 grudnia 1997 r. (Dz. U. Z 2001 r. Nr 23, poz. 264).
14. Lamsdorff J., *Making corrupt deals: contracting in the shadow of the law*, "Journal of Economic Behaviour and Organisation" 2001 (forthcoming).
15. *Non-binding principles on government procurement*, APEC overnment Procurement Expert Group, [online] WT/WGTGP/W/24 on <http://docsonline.wto.org> [dostęp: 15.02.2017].
16. Porozumienie w sprawie zamówień rządowych WTO, [online] https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm [dostęp: 7.02.2017].
17. Public Procurement Service, Korea, [online] <https://www.pps.go.kr/eng/index.do> [dostęp: 15.02.2017].
18. Public Works and Government Services Canada, [online] <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/contexte-context-eng.html> [dostęp: 15.02.2017].
19. Rekomendacje OECD w sprawie poprawy uczciwości w zamówieniach publicznych, [online] <http://www.oecd.org/governance/ethics/41549036.pdf>. [dostęp: 15.02.2017].
20. Rose-Ackerman S., *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge 1999.
21. Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006, [online] http://www.transparency.org/whatwedo/activity/curbing_corruption_in_public_procuremen. p.17 [dostęp: 7.02.2017].
22. Ustawa Modelowa w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług, [online] [ghhttp://www.bzg.pl](http://www.bzg.pl) [dostęp: 15.02.2017].
23. Ustawa Ukrainy z dnia 10 kwietnia 2014 r. o dokonaniu zamówieniach publicznych, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 24, ст. 883.
24. Ustawa Ukrainy z dnia 25 grudnia 2015 r. o zamówieniach publicznych, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 9, ст. 89.
25. *World Procurement Awards*, [online] <https://www.procurementleaders.events/world-procurement-awards/shortlist> [dostęp: 20.02.2017].
26. Каневський Г., *Бідні, бо дурні, або як підвищити ефективність витрат лікарень*, Економічна правда, 13.01.2017, [online] eprawda.com.ua [dostęp: 20.02.2017].

JAKUB GRZEGORZ FIRLUS

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
E-MAIL: FIRLUS.JAKUB@GMAIL.COM

Fakultatywny charakter wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w świetle zmodyfikowanego kształtu zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego

STRESZCZENIE

Wprowadzone przez ustawodawcę w kwietniu 2017 roku zmiany w ustawie z 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego obejmują swym zasięgiem szereg podstawowych instytucji procesowych, w tym skutkują modyfikacją substratu zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Nowelizacja procesowych ram jurysdykcji administracyjnej implikuje także zmianę prawnego charakteru wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Dekodowany na gruncie art. 52 § 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi jego fakultatywny charakter winien być odnoszony do oceny przesłanek dopuszczalności postępowania sądowoadministracyjnego. Ponad wszelką wątpliwość modyfikacja charakteru przesłanek dopuszczalności skargi do sądu powodowana była względami efektywnościowymi oraz obserwacją praktyki uzasadniającą twierdzenie o ograniczonej skuteczności sądowej kontroli administracji publicznej, co w konsekwencji uniemożliwiało realizację standardu dobrej administracji. W kontekście zrewidowanej funkcji wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy ustalenia zatem wymaga, czy zaproponowane przez ustawodawcę zmiany modelu dopuszczalności postępowania sądowoadministracyjnego okażą się skutecznym środkiem służącym do osiągnięcia prognozowanego celu w postaci globalnego przyspieszenia postępowań.

SŁOWA KLUCZOWE

postępowanie administracyjne, dobra administracja, zasada dwuinstancyjności, środki prawne

Uwagi wprowadzające

Kolejna w ciągu niespełna dekady¹ względnie kompleksowa nowelizacja² ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego³ przynosi wiele nowatorskich rozwiązań procesowych, których podstawowym celem jest uelastycznienie, odformalizowanie, przyspieszenie postępowań administracyjnych⁴ oraz zagwarantowanie realnej partycypacji jednostki w procesie konkretyzacji jej praw i obowiązków. Recypientami zrewidowanych ram proceduralnych jurysdykcji administracyjnej mają być – w założeniu projektodawców – przede wszystkim podmioty profesjonalne uczestniczące w obrocie gospodarczym⁵. Przeto sprawnie funkcjonująca administracja publiczna stanowi istotny element kształtowania przyjaznego otoczenia inwestycyjnego oraz sprzyja rozwojowi przedsiębiorczości⁶. Niemniej jednak przyjęta przez ustawodawcę metoda wyznaczania grupy beneficjentów rozwiązań procesowych wchodzących w życie 1 czerwca 2017 roku budzi wątpliwości. Uwzględniając systemowe znaczenie k.p.a.⁷ przydzie wskazać, iż kodeks, jako podstawowy akt prawny regulujący daną dziedzinę życia społecznego, powinien brać pod uwagę partykularne interesy wszystkich kategorii potencjalnych podmiotów objętych zakresem jego obo-

¹ Ostatnia kompleksowa nowelizacja k.p.a. miała miejsce w 2010 r. Zob. W. Chróścielewski, *Zmiany w zakresie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego i prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które weszły w życie w 2011 r.*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2011, nr 4, s. 9–25.

² Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r., poz. 935; cyt. dalej: „nowela kwietniowa k.p.a.”.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 23 ze zm., cyt. dalej: „k.p.a.”.

⁴ Zob. J. Wegner-Kowalska, *Główne idee projektu nowej kodyfikacji postępowania administracyjnego*, „Administracja. Teoria-Praktyka-Dydaktyka” 2015, nr 3, s. 225.

⁵ Rządowy projekt zmiany k.p.a. stanowi element pakietu ustaw „100 zmian dla firm” oraz tzw. Konstytucji Biznesu; zob. [online] https://www.mr.gov.pl/media/29157/100_ZMIANDLAFIRM.pdf [dostęp: 2.08.2017]; [online] <https://www.mr.gov.pl/media/29158/KONSTYTUCJABIZNESU.pdf> [dostęp: 2.08.2017].

⁶ Ustrojowe, organizacyjne oraz procesowe aspekty funkcjonowania systemu organów państwowych, w tym również sądów, stanowią ważki element kształtowania zaufania inwestorów do krajowego porządku prawnego, jak również sprzyjają rozwojowi przedsięwzięć biznesowych. Analiza praktyki wybranych państw zdaje się potwierdzać przedmiotowe ustalenie; zob. L. Groo, *Judicial System Restructuring and Modernization in Abu Dhabi*, „International Journal For Court Administration” 2008, 1 (1), s. 16–22; F. van Dijk, *Improved Performance Of The Netherlands Judiciary: Assessment Of The Gains For Society*, „International Journal For Court Administration” 2014, 6(1), s. 16.

⁷ Zob. *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś et. al., Warszawa 2015, s. 79.

wiązywania, a nie tylko jednej grupy, wyznaczonej w oparciu o dowolne kryteria, służące w istocie realizacji rządowych programów gospodarczych.

Ustawodawca, dokonując w noweli kwietniowej k.p.a. rewizji szeregu instytucji procesowych, otwiera jednocześnie nowy rozdział w dyskusji nad kształtem postępowania odwoławczego oraz rolą środków zaskarżenia służących do kwestionowania nieostatecznych decyzji administracyjnych. Ponad wszelką wątpliwość normatywny kształt administracyjnego toku instancji sprzyja przewlekłości postępowania. Stąd też ustawodawca winien poszukiwać rozwiązań służących wyważeniu dwóch pozostających w immanentnym konflikcie wartości, jakimi są szybkość oraz dwuinstancyjność postępowania administracyjnego⁸. Przyjdzie zatem ewokować pytanie, czy zaprowadzona przez ustawodawcę w noweli kwietniowej redefinicja szeregu instytucji kształtujących administracyjny tok instancji stanowi rozwiązanie służące ich optymalizacji? Jak się wydaje, dopiero obserwacja praktyki administracyjnej w okresie po 1 czerwca 2017 roku pozwoli ferować stanowcze osądy. Tym samym próba udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na postawione pytanie jest co najmniej przedwczesna. Niemniej jednak analiza teoretycznoprawna ze szczególnym uwzględnieniem wpływu przyjętych rozwiązań na zastany model zaskarżalności rozstrzygnięć administracyjnych stanowić będzie punkt wyjścia do dalszej dyskusji nad jego normatywnym kształtem.

W ramach krótkiego opracowania o przyczynkarskim charakterze nie sposób wyczerpująco omówić wszystkich wprowadzanych na mocy noweli kwietniowej modyfikacji prawa do zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym. Rozważania należy zatem ograniczyć do najważniejszych aspektów. W pierwszej kolejności uwagi wymaga zmiana tekstualnego kształtu art. 15 k.p.a. *Prima facie* uzupełnienie treści przedmiotowej regulacji o klauzulę wyjątku nie wnosi żadnej nowości normatywnej. Zastrzeżenie przez ustawodawcę potencjalnej możliwości modyfikacji zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy przepis szczególny tak stanowi (art. 15 *in fine* k.p.a.), ma walor informacyjny. Zarówno w dotychczasowym stanie prawnym, jak również po 1 czerwca 2017 roku wyłącznie względnie ograniczenie prawa do zaskarżenia na zasadzie *lex specialis derogat legi generali* jest dopuszczalne niezależnie od tekstualnego kształtu kodeksowej zasady ogólnej. Z tej perspektywy implementowana przez ustawodawcę klauzula wyjątku stanowiłaby zbędne *superfluum* jako deklaracja systemowego zróżnicowania dostępnych rozwiązań procesowych odnoszo-

⁸ Zob. E. Szewczyk, M. Szewczyk, *O potrzebie ograniczenia wariantów rozstrzygnięć organu odwoławczego w trybie uproszczonym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 3, s. 119–120.

nych do realizacji zasady dwuinstancyjności. Niemniej jednak analiza treści poszczególnych przepisów kodeksowych musi uwzględniać ich kontekst normatywny. Nie bez znaczenia w tym względzie pozostaje treść art. 15 noweli kwietniowej, w którym ustawodawca określa ministrom dwuletni termin na dokonanie przeglądu ustawodawstwa pod kątem celowości zagwarantowania w poszczególnych kategoriach spraw zasady dwuinstancyjności postępowania. Tym samym przyjdzie uznać, iż art. 15 *in fine* k.p.a. dekodowany w kontekście art. 15 ustawy nowelizującej realizuje dualną funkcję.

Z jednej strony stanowi **zapowiedź spłaszczenia względnie wyłączenia toku instancji administracyjnej w odniesieniu do wybranych kategorii spraw**. Prognozowany regres w zakresie ochrony praw jednostki jawi się jako kontrowersyjny, i to z dwóch przyczyn. Wprowadzie art. 78 Konstytucji RP pozostawia ustawodawcy pewien zakres swobody co do ustalenia kształtu prawa zaskarżenia nieostatecznych rozstrzygnięć administracyjnych, a standard wyznaczony dotychczasową treścią art. 15 k.p.a. przenosił – w ocenie części przedstawicieli doktryny – wymogi przepisane normami ustawy zasadniczej⁹, to przy uwzględnieniu funkcji stymulacyjnej¹⁰ środków zaskarżenia dopuszczalność kwestionowania rozstrzygnięć merytorycznych powinna zostać zagwarantowana w możliwie szerokim zakresie. Szybkość postępowania nie może bowiem stanowić wartości samej w sobie. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje okoliczność związana z wpływem normatywnego odjęcia możliwości kwestionowania rozstrzygnięć nieostatecznych w trybie wewnątrzadministracyjnym na funkcjonowanie sądownictwa administracyjnego. W układzie komplementarnie dostępnych dróg ochrony prawnej, tj. sądowej oraz wewnątrzadministracyjnej, każda ingerencja ustawodawcy w tok instancji administracyjnej będzie niechybnie skutkować przewlekłością postępowań sądowych¹¹.

Z drugiej strony zmiana wprowadzona w treści art. 15 k.p.a. **stanowi istotną dyrektywę interpretacyjną, służącą ustaleniu właściwej treści instytucji procesowych kształtujących model postępowania odwoławczego**. Przy uwzględnieniu systemowego znaczenia zasad ogólnych postępo-

⁹ Zob. P. Sarnecki, *Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego w świetle zasad Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Casus” 2008, nr 4, s. 11.

¹⁰ Zob. M. Michalska-Marciniak, *Zasada instancyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 94–95.

¹¹ Zob. W. Chróścielewski, *Czy potrzebny jest nowy kodeks postępowania administracyjnego?*, [w:] *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*, red. L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorzczak, Katowice 2015, s. 50.

wania administracyjnego¹² przyjdzie uznać, iż od 1 czerwca 2017 roku w większym stopniu dopuszczalne będzie odejście od zastanego rozumienia toku instancji administracyjnej. Jak się wydaje, nie w każdym układzie procesowym realizacja standardu dwuinstancyjności będzie wymagała dwukrotnego kompleksowego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy przez organy różnych szczebli¹³. Zaproponowana formuła wykładni znajduje potwierdzenie w szczegółowych rozwiązaniach wprowadzonych na mocy noweli kwietniowej. Celną egzemplifikację omawianego trendu stanowi rozszerzenie przez ustawodawcę zakresu realnej partycypacji stron w postępowaniu odwoławczym. Stosownie do treści art. 136 § 2-4 k.p.a. dysponentem¹⁴ postępowania dowodowego przestaje być li tylko organ odwoławczy. Od 1 czerwca 2017 roku na jego kształt i zasięg będą miały wpływ również strony postępowania. Przejawem realizacji rozszerzonej dyspozycyjności w postępowaniu odwoławczym jest uprawnienie procesowe przyjmujące postać wniosku o przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie przenoszącym ramy wyznaczone treścią art. 136 § 1 k.p.a. Tym samym strona może zrezygnować z dwukrotnego, kompleksowego rozpoznania sprawy administracyjnej, co w istocie służy zabezpieczeniu jej własnego interesu poprzez przyspieszenie postępowania oraz przybliżenie momentu stabilizacji jej sytuacji prawnej. Jakkolwiek wniosek z art. 136 § 2 k.p.a. jest dla organu odwoławczego względnie wiążący¹⁵, to strona będąca dysponentem prawa do zaskarżenia może oczekiwać jego uwzględnienia. Skoro ustawodawca przewiduje dopuszczalność bezwarunkowej rezygnacji z podmiotowego prawa do zaskarżenia decyzji (art. 127a k.p.a.), to *a fortiori* przyjdzie uznać, iż strona może decydować o kształcie i zasięgu udzielanej

¹² Zasady ogólne postępowania administracyjnego mają charakter normatywny, co oznacza, że nie kreują jedynie postulatów czy też programu dla działalności administracji publicznej; por. *System prawa administracyjnego*, t. III, red. T. Rabska, J. Łętowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978, s. 171.

¹³ Por. H. Knysiak-Molczyk, *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2004, s. 233–234.

¹⁴ Przyjęta zmiana w modelu postępowania odwoławczego może *prima facie* pozostawać w konflikcie z jednym z aksjomatów prawa administracyjnego, skoro „[...] obowiązek udowodnienia istotnych faktów ciąży na organie administracyjnym i w dodatku nie jest to obowiązek skierowany ku jakiemukolwiek podmiotowi (stronie), tylko obowiązek obiektywny, stymulujący wydanie decyzji administracyjnej” (J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 195).

¹⁵ Po pierwsze, w przypadku struktury wielopodmiotowej postępowania administracyjnego wymagana jest zgoda pozostałych stron na rozszerzony zakres postępowania dowodowego. Po drugie, organ na zasadzie art. 136 § 4 k.p.a. może nie uwzględnić żądania odwołującego.

przez organ odwoławczy ochrony prawnej. Wykładnia art. 136 § 2-4 k.p.a. winna bowiem uwzględniać dwa skorelowane faktory, jakimi są wyjątkowy charakter kompetencji kasatoryjnej organu odwoławczego oraz zrewidowany kształt zasady z art. 15 k.p.a.

Zakresem noweli kwietniowej objęta została również ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶. Modyfikacje modelu postępowania sądownoadministracyjnego pozostają w nierozzerwalnym związku z kształtem postępowania odwoławczego, o czym świadczy implementacja nowego środka prawnego, jakim jest sprzeciw wobec decyzji kasacyjnej, oraz treść art. 52 § 3 i art. 54a p.s.a., stanowiących częściową realizację przepisanej w art. 15 *in fine* k.p.a. zrewidowanego normatywnego kształtu zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Przedmiotem dalszego wywodu uczynione zostały kwestie związane z procesowymi aspektami zaskarżenia nieostatecznych decyzji administracyjnych podjętych przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze (dalej: SKO).

I. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy jako środek prawny „równoważny” odwołaniu

Realizacja konstytucyjnego prawa do zaskarżenia merytorycznych rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym przebiega w układzie dualnym. Obok środków prawnych dewolutywnych postępowanie weryfikacyjne, którego przedmiotem jest nieostateczne rozstrzygnięcie administracyjne, może przyjąć kształt zaskarżenia poziomego¹⁷. Środkiem prawnym uruchamiającym niehierarchiczną¹⁸ kontrolę jest wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Spłaszczenie toku instancji administracyjnej powodowane było racjami natury ustrojowej¹⁹. Ustawodawca, wiedziony potrzebą zagwarantowania podmiotowego prawa do zaskarżenia przy jednoczesnym

¹⁶ Tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 718 ze zm., cyt. dalej: „p.s.a.”

¹⁷ Jako problematyczne w przedmiotowym kontekście jawi się ustalenie, czy w istocie niedewolutywny charakter środka prawnego statuuje wyjątek od zasady dwuinstancyjności; por. L. Klat-Wertelecka, *Glosa do uchwały siedmiu sędziów NSA z dnia 18 lutego 2013 r., I GPS 2/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 11, s. 791.

¹⁸ W piśmiennictwie zaskarżenie hierarchiczne oraz niehierarchiczne stanowią przeciwstawne kategorie klasyfikacyjne. Drugie spośród wskazanych przyjmuje w istocie formę autokontrolnej kompetencji organu; zob. Z. Kmiecik, *Postępowanie odwoławcze*, [w:] *Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym. Raport zespołu eksperckiego*, Warszawa 2016, s. 171.

¹⁹ Zob. M. Pułło, *O „poziomym” toku instancji w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVIII, s. 293–296.

zachowaniu spójności systemu organów administracji publicznej, zmodyfikował tok instancji poprzez jego dostosowanie w płaszczyźnie procesowej do struktury organizacyjnej administracji publicznej.

Przewidziany w art. 127 § 3 k.p.a. środek zaskarżenia jest w aspekcie procesowym równoważny odwołaniu²⁰, służy bowiem realizacji prawa jednostki do zaskarżenia orzeczeń i decyzji podjętych w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji RP)²¹. W świetle standardu konstytucyjnego dekodowanego w orzecznictwie TK większej wartości upatruje się bowiem w dwukrotnym merytorycznym rozpoznaniu i rozstrzygnięciu sprawy niżli w formalnie dwuszczeblowym, hierarchicznie zbudowanym układzie kontrolnym²². Konsekwentnie rozwijana trybunalska doktryna, jak również działalność uchwałodawcza NSA wypracowały optymalne ramy dla realizacji prawa do zaskarżenia nieostatecznych rozstrzygnięć podjętych przez ministra lub SKO. Niemniej jednak względy prakseologiczne, jak również ograniczona praktyczna skuteczność wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy skłoniły ustawodawcę do rewizji zastanego modelu realizacji prawa do zaskarżenia²³.

Pierwotna wersja projektu zmiany k.p.a.²⁴ zakładała konsekwentne wyeliminowanie konstrukcji niehierarchicznego (poziomego) zaskarżenia nieostatecznej decyzji administracyjnej przy jednoczesnym zagwarantowaniu jednostce dostępu do sądu administracyjnego. Z punktu widzenia celowości, efektywności, jak również przy uwzględnieniu normatywnego kształtu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, opartego w istocie o mechanizm autokontroli rozstrzygnięcia²⁵, kierunek zmian jawił się jako uzasad-

²⁰ Zob. Z. Kmiecik, *Instancyjność postępowania administracyjnego w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 5, s. 14; A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 183.

²¹ Por. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., Warszawa 2015, s. 893-894; B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 489-490; zob. również co do wykładni art. 78 Konstytucji RP w omawianym kontekście: J. Derlatka, *Kontrowersje wokół wyłączenia pracownika i piastuna funkcji organu w sytuacji złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy – głos w dyskusji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 9, s. 63.

²² Zob. Z. Kmiecik, *O potrzebie nowelizacji przepisów kodeksu postępowania administracyjnego regulujących postępowanie odwoławcze*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 12, s. 8.

²³ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 4 lipca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, s. 16.

²⁴ Zob. Art. 1 pkt 27 projektu ustawy z dnia 4 lipca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw.

²⁵ Zob. Z. Kmiecik, *Postępowanie odwoławcze*, [w:] *Reforma prawa...*, op. cit., s. 171.

niony i pożądany. Ponadto usunięcie z systemu weryfikacji rozstrzygnięć administracyjnych środka prawnego będącego w istocie procesową efemerydą²⁶ nie naruszałoby standardu dobrej administracji²⁷. Wyeliminowanie dodatkowego ograniczenia w dostępie do sądu administracyjnego mogło ponadto stanowić użyteczny instrument zabezpieczenia prawa jednostki do rozpatrzenia sprawy administracyjnej w rozsądnym terminie²⁸. Niemniej jednak ostatecznie w noweli kwietniowej k.p.a. zasięg ingerencji ustawodawcy w zastany model kwestionowania nieostatecznych rozstrzygnięć administracyjnych został ograniczony. Przyjęta w art. 52 § 3 p.s.a. formuła przydaje wnioskowi o ponowne rozpatrzenie sprawy charakter fakultatywnego²⁹, acz doskonałego środka prawnego³⁰. Modyfikacja charakteru prawnego środka zaskarżenia z art. 127 § 3 k.p.a. została zatem dokonana nie w płaszczyźnie dopuszczalności uruchomienia wewnątrzadministracyjnego trybu weryfikacji nieostatecznych decyzji administracyjnych, lecz poprzez odjęcie jednego z normatywnych ograniczeń w dostępie do sądu administracyjnego (ustawowa modyfikacja przesłanek dopuszczalności skargi *sensu stricto*)³¹. Standard zaskarżenia w trybie administracyjnym – w świetle noweli kwietniowej k.p.a. – nie ulega tym samym zmianom³².

²⁶ Wprawdzie w innym kontekście, acz w sposób obrazowy i oddający charakter zjawiska, wybrane sytuacje procesowe bywają w piśmiennictwie określane mianem „atrapy” dwuinstancyjności. Tak w odniesieniu do realizacji zasady bezstronności w postępowaniu weryfikacyjnym pisze: W. Chróścielewski, *O instytucji wyłączenia w postępowaniu administracyjnym raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 12, s. 16.

²⁷ W świetle prawa do dobrej administracji większą wartość upatruje się w sądowej kontroli rozstrzygnięć administracyjnych niżli w wewnątrzadministracyjnej ich weryfikacji; zob. m.in. A. I. Jackiewicz, *Prawo do dobrej administracji jako standard europejski*, Toruń 2008, s. 83, 206.

²⁸ Zob. analizę dotyczącą korelacji zachowania w postępowaniu administracyjnym standardu rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie z prawem do sądu oraz ze standardem dobrej administracji: A. Matan, *Prawo do załatwienia sprawy administracyjnej bez nieuzasadnionej zwłoki*, [w:] *Administracja publiczna...*, op. cit.

²⁹ Zob. Uzasadnienie druku nr 1183, s. 52–55.

³⁰ Nie sposób bowiem traktować wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy – również w kontekście zmiany modelu zaskarżenia decyzji ministra oraz SKO – jako środka prawnego niedoskonałego o charakterze remonstracji. Fakultatywność wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy odnoszona jest do innego momentu, związanego z **wybozem trybu weryfikacji decyzji administracyjnej**, co pozostaje irrelevantne w kontekście ewentualnego obowiązku jego rozpatrzenia przez organ administracji publicznej. Zob. uwagi *de lege lata* co do charakteru wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy: Z. Kmiecik, *Odwolania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011, s. 136.

³¹ *De lege lata* wyczerpanie przysługujących stronie w trybie wewnątrzadministracyjnym środków zaskarżenia stanowi przesłankę dopuszczalności postępowania sądowo-

II. Procesowe odrębności skutkujące zmianą prawnego charakteru wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy

1. Dalsze rozważania przyjdzie zatem odnieść do problematyki postępowania sądowoadministracyjnego. Art. 52 § 3 oraz art. 54a p.s.a. dokonują modyfikacji prawnego charakteru wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. W świetle przytoczonych regulacji **wybór drogi ochrony prawnej pozostawiony zostaje stronie postępowania**. Jednostka kwestionująca legalność decyzji administracyjnej podjętej przez organ administracji publicznej, o którym mowa w art. 127 § 3 k.p.a., bez konieczności uprzedniego wyczerpania wewnątrzadministracyjnego postępowania weryfikacyjnego, może uruchomić³³ kontrolę sądową³⁴. Z dniem doręczenia decyzji administracyjnej terminy do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz skargi do sądu zaczynają biec **równolegle**. Dokonany przez skarżącego wybór jest – co do zasady³⁵ – wiążący zarówno dla niego, jak również dla organu administracji publicznej. Wniesienie skargi skutkuje aktualizacją kompetencji autokontrolnej organu, co koresponduje z dotychczasowym stanem prawnym. Niemniej jednak normatywny mechanizm limitacji dwóch *prima facie* rozłącznych trybów weryfikacji decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 127 § 3 k.p.a., doznaje istotnego ograniczenia w świetle art. 54a p.s.a. Ustawodawca przewiduje bowiem w sytuacji, gdy postępowanie administracyjne było prowadzone z udziałem kilku stron, możliwość zainicjowania alternatywnie dostępnych trybów weryfikacji. Skuteczne urucho-

administracyjnego. Zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, red. T. Woś et al., Warszawa 2016, s. 442. W świetle treści art. 52 § 3 p.s.a. model dostępu do sądu administracyjnego ulegnie zatem z dniem 1 czerwca 2017 roku zmianie.

³² Zarówno art. 16 § 1 k.p.a., jak również art. 127 § 3 k.p.a. zostają utrzymane w brzmieniu dotychczasowym.

³³ Dla porządku rozważań podkreślenia wymaga, że w razie złożenia przez stronę na zasadzie art. 127a k.p.a. oświadczenia o zrzeczeniu się wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy uruchomienie postępowania sądowego jest *ex lege* niedopuszczalne.

³⁴ Zob. Uzasadnienie druku nr 1183, s. 54.

³⁵ Jakkolwiek skarżący jest uprawniony do cofnięcia skargi, co powinno skutkować umorzeniem postępowania sądowoadministracyjnego, to przedmiotowy skutek zostanie osiągnięty dopiero z momentem uprawomocnienia się orzeczenia wydanego na zasadzie art. 161 § 1 pkt 1 p.s.a., tj. najwcześniej z upływem 7-dniowego terminu do wniesienia zażalenia. Tym samym na płaszczyźnie normatywnej istnieje teoretyczna możliwość zwrócenia się przez stronę z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, niemniej jednak ze względu na upływ terminów praktycznie będzie to niemożliwe. Należy również wskazać, iż uprzedni wybór przez stronę skargi jako środka weryfikacji decyzji administracyjnej nie jest równoznaczny ze zrzeczeniem się prawa do środka odwoławczego (art. 127a k.p.a.).

mienie postępowania sądowoadministracyjnego nie stanowi tym samym negatywnej przesłanki dopuszczalności zwrócenia się przez inną stronę postępowania administracyjnego z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Powstaje zatem problem rozstrzygnięcia faktycznego zbiegu środków prawnych – zwyczajnego (art. 127 § 3 k.p.a.) oraz nadzwyczajnego (skarga do sądu administracyjnego). Ustawodawca w art. 54a p.s.a. hołduje zasadzie pierwszeństwa trybu administracyjnego. Organ administracji publicznej zobowiązany jest w takiej sytuacji do rozpoznania pierwotnej skargi jako wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Następuje zatem **normatywna konwersja** skargi – jako środka prawnego o charakterze nadzwyczajnym uruchamiającego sądowe postępowanie kontrolne – w środek zaskarżenia o charakterze niehierarchicznym. Przy czym, co istotne w świetle art. 54a § 2 p.s.a., wniesiony przez którąkolwiek ze stron postępowania administracyjnego zwyczajny środek zaskarżenia skutkuje bezwzględny przerwaniem ciągłości sądowej kontroli. Ustawodawca w takiej sytuacji obliuguje bowiem sąd do przekazania organowi administracji publicznej skargi wraz z aktami sprawy.

2. Przyjęte w noweli kwietniowej rozwiązanie nie przystaje do funkcji sądownictwa administracyjnego, a jako systemowo niespójne nie może się ostać. Powodów jest co najmniej kilka. Dalszy wywód przyjdzie rozpocząć od analizy przedmiotu skargi na decyzje administracyjne, o których mowa w art. 127 § 3 k.p.a. Nade wszystko ustalenia wymagają dwie pozostające we wzajemnej korelacji kwestie, jakimi są przymiot ostateczności decyzji administracyjnej zaskarżanej bezpośrednio do sądu administracyjnego oraz nadzwyczajny charakter skargi jako środka inicjującego kontrolę sądową.

Ustawodawca w noweli kwietniowej nie modyfikuje kodeksowych zasad odnoszonych do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Zarówno ocena dopuszczalności zaskarżenia, jak również skutki uruchomienia instancji poziomej pozostają niezmienione. Środek prawny z art. 127 § 3 k.p.a. inicjuje kontrolne postępowanie wewnątrzadministracyjne, którego przedmiotem jest decyzja nieostateczna. *De lege lata* – tj. w okresie od nowelizacji k.p.a. z 2010 roku³⁶ do 1 czerwca 2017 roku – nieostateczny charakter decyzji ministra lub SKO podjętej w pierwszej instancji nie stanowi przedmiotu kontrowersji w doktrynie³⁷. W świetle art. 16 § 1 k.p.a. przymiot osta-

³⁶ Zob. A. Wróbel, M. Jaśkowska, op. cit., s. 183; M. Pułło, op. cit., s. 297–298; Ł. Jędruszcuk, *Zmiany w postępowaniu administracyjnym*, „Temidium” 2011, nr 1 (62), s. 31–32.

³⁷ Zob. B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 88. W okresie poprzedzającym nowelizację k.p.a. z 2010 r. wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy określany był mianem środ-

teczności rozstrzygnięcia administracyjnego „jest uzależniony od możliwości jego zaskarżenia w trybie odwołania lub wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy”³⁸. Tym samym w trakcie otwartego terminu³⁹ do wniesienia środka zaskarżenia z art. 127 § 3 k.p.a. decyzja administracyjna jest nadal nieostateczna. Stąd też ustalenia wymaga, czy akt zaskarżenia decyzji administracyjnej skutkuje *per se* zmianą jej charakteru procesowego. Innymi słowy, czy samo wniesienie skargi do sądu administracyjnego prowadzi do następczej konwersji podstawowych przymiotów kwestionowanego aktu administracyjnego? Odpowiedź na przedmiotowe pytanie nie jest jednoznaczna i wymaga uwzględnienia trzech układów procesowych.

Po pierwsze, uruchomienie przez skarżącego sądowej kontroli po upływie 14-dniowego terminu – liczonego odrębnie dla każdej strony postępowania administracyjnego – przepisanego do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy uzasadnia twierdzenie, iż przedmiotem skargi do sądu administracyjnego jest decyzja ostateczna. Po drugie, w sytuacji, gdy struktura podmiotowa postępowania administracyjnego nie miała charakteru wielopodmiotowego, z dniem **wniesienia skutecznej skargi do sądu administracyjnego – w świetle zasady wyboru dekodowanej z art. 54a w zw. z art. 52 § 3 p.s.a. – decyzja administracyjna nabędzie przymiot ostateczności**. W płaszczyźnie procesowej następuje bowiem aktualizacja warunku przepisanego w art. 16 § 1 k.p.a. w postaci braku prawnej możliwości zaskarżenia decyzji administracyjnej. Oparcie systemu weryfikacji nieostatecznych rozstrzygnięć ministra i SKO na konstrukcji alternatywnie dostępnych środków prawnych wraz z normatywnym mechanizmem ich wzajemnej limitacji nie może prowadzić do odmiennych wniosków. Po trzecie, w sytuacji, gdy w postępowaniu administracyjnym brała udział więcej niż jedna strona, decyzja administracyjna, o której mowa w art. 127 § 3 k.p.a., **stanie się ostateczna z upływem 14 dni od dnia jej doręczenia (ogłoszenia) ostatniej ze stron pomimo uprzedniego jej zaskarżenia do sądu**.

ka prawnego nadzwyczajnego o swoistej konstrukcji. Zob. Z. Kmiecik, *Odwołania...*, op. cit., s. 119.

³⁸ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., op. cit., s. 113–114.

³⁹ W doktrynie pośród okoliczności skutkujących nabyciem przez decyzję administracyjną przymiotu ostateczności wskazuje się m.in. na upływ terminu do wniesienia środka odwoławczego (zaskarżenia). Zob. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. J. Borkowski et al., Warszawa 1989, s. 81; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1992, s. 82; B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 88; *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., op. cit., s. 113.

Rekapitulując, decyzja administracyjna uzyska przymiot ostateczności najwcześniej w momencie wniesienia skargi do sądu administracyjnego, a niejednokrotnie – wobec niejednolitego momentu rozpoczęcia biegu terminów do uruchomienia wewnątrzadministracyjnej weryfikacji oraz kontroli sądowej – decyzja administracyjna w świetle art. 16 § 1 k.p.a. stanie się ostateczna dopiero w toku uprzednio uruchomionego postępowania sądowo-administracyjnego. Tym samym na gruncie noweli kwietniowej k.p.a. **skarga na decyzję z art. 127 § 3 k.p.a. przysługuje w płaszczyźnie normatywnej od nieostatecznej decyzji administracyjnej.** Za aprioryczne, a zarazem dowolne przyjdzie uznać twierdzenie, jakoby uruchomienie postępowania przed sądem administracyjnym w każdym przypadku miało następować po upływie 14-dniowego terminu, o którym mowa w art. 129 § 2 w zw. z art. 127 § 3 k.p.a. Bardziej uprawniony wydaje się wniosek przeciwny. Ponadto należy wprowadzić rozróżnienie pomiędzy płaszczyzną ustawowej dopuszczalności środka prawnego a faktyczną realizacją uprawnień procesowego przez stronę postępowania. Jedynie w sferze faktycznej realizacji aktu zaskarżenia postępowanie sądowe może zostać zainicjowane w odniesieniu do decyzji, która wobec upływu 14-dniowego terminu stała się, stosownie do treści art. 16 § 1 k.p.a., ostateczna.

Następco zatem rozważenia wymaga, czy wobec modyfikacji ustawowych przesłanek dopuszczalności skargi do sądu administracyjnego, uległ zmianie jej charakter. W szczególności zaś, czy aktualna pozostaje kwalifikacja skargi jako środka prawnego o charakterze nadzwyczajnym. W dotychczasowym stanie prawnym nadzwyczajny⁴⁰ charakter skargi do sądu administracyjnego wywodzony był z faktu, iż przedmiotem sądowej kontroli są decyzje ostateczne⁴¹. Modyfikacja ustawowej przesłanki dopuszczalności drogi sądowej skutkuje – w niektórych układach procesowych – możliwością zaskarżenia także decyzji nieostatecznej. Przy czym, jak się wydaje, dokonana na mocy noweli kwietniowej częściowa rewizja cech strukturalnych modelu sądowej kontroli decyzji administracyjnych, o których mowa w art. 127 § 3 k.p.a., **nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla dekompozycji i zmiany zastanej terminologii wypracowanej przez procesualistów.**

⁴⁰ Por. T. Woś, *Związki postępowania administracyjnego i sądowo-administracyjnego*, Warszawa–Kraków 1989, s. 20–21; *Prawo o postępowaniu...*, op. cit., s. 57.

⁴¹ Por. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. J. Borkowski, op. cit., s. 83; *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., op. cit., s. 115, która wskazuje, iż na gruncie art. 16 § 2 k.p.a. ustawodawca statuuje zasadę „sądowej weryfikacji decyzji ostatecznych”.

3. Normatywny mechanizm delimitacji alternatywnie dostępnych trybów weryfikacji nieostatecznej decyzji administracyjnej dekodowany na gruncie art. 54a p.s.a. jawi się jako kontrowersyjny. W pierwszej kolejności odnotowania wymaga błędne oznaczenie przez ustawodawcę podmiotu uprawnionego do spowodowania skutku w postaci przerwania ciągłości postępowania sądowoadministracyjnego. W art. 54a p.s.a. mowa jest *expressis verbis* o innej stronie „tego postępowania”⁴², a nie podmiocie legitymowanym do wniesienia środka zaskarżenia. Uwadze ustawodawcy zdaje się uchodzić okoliczność, iż obie kategorie podmiotów partycypujących w postępowaniu administracyjnym nie muszą w każdym układzie procesowym pozostawać tożsame. W szczególności legitymacja do uruchomienia wewnątrzadministracyjnego postępowania weryfikacyjnego przysługuje nie „tylko osobie, która brała udział w postępowaniu w I instancji i której doręczono decyzję”⁴³. W piśmiennictwie wskazuje się, że w toku postępowania administracyjnego pojęcie strony uniezależnia się od przepisów prawa materialnego i nabiera *stricte* procesowego znaczenia⁴⁴. Stąd też treść art. 54a p.s.a. w zakresie, w jakim określa podmiot uprawniony do wywołania skutku w postaci konwersji skargi we wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, pozbawiona jest samodzielnego znaczenia prawnego. Legitymacja do wniesienia środka zaskarżenia z art. 127 § 3 k.p.a., a w rezultacie również do wywołania skutków opisanych w art. 54a p.s.a., powinna być ustalana wyłączenie z uwzględnieniem treści przepisów k.p.a.

Poza technicznolegislacyjnymi niedostatkami omawianej regulacji przyjęte w noweli kwietniowej rozwiązanie jawi się jako nietrafione również z uwzględnieniem aspektu merytorycznego. Mechanizm zadekretowany w art. 54a p.s.a. stanowi jedyny systemowo znany przypadek dopuszczalności uruchomienia postępowania administracyjnego w toku postępowania sądowoadministracyjnego⁴⁵. Tym samym w stanie prawnym od 1 czerwca

⁴² W domyśle administracyjnego.

⁴³ Zob. B. Adamiak, *Odwołanie w polskim systemie postępowania administracyjnego*, Wrocław 1980, s. 42.

⁴⁴ Zob. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., op. cit., s. 181.

⁴⁵ Dla porządku rozważań przyjdzie jedynie wskazać, iż dopuszczalności uruchomienia postępowania wewnątrzadministracyjnego wobec stanu zawisłości sprawy sądowoadministracyjnej stanowi przedmiot kontrowersji w doktrynie; zob. W. Sawczyn, *Glosa do wyroku NSA z dnia 9 października 2013 r., II FSK 2497/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015, z 3. Niemniej jednak podkreślenia wymaga okoliczność, iż w dotychczasowym stanie prawnym problem delimitacji sądowego oraz wewnątrzadministracyjnego trybu weryfikacji ostatecznej decyzji administracyjnej odnoszony był do tzw. trybów

2017 roku można zaprowadzić podział reguł eliminowania dwutorowości kontroli decyzji administracyjnej z uwzględnieniem charakteru środka prawnego inicjującego postępowanie weryfikacyjne. W odniesieniu do środków prawnych o charakterze nadzwyczajnym uprzednio wszczęte postępowanie sądowoadministracyjne stanowi negatywną przesłankę uruchomienia wewnątrzadministracyjnych trybów weryfikacji. Poza dyspozycją art. 54 § 3 p.s.a. oraz art. 117 p.s.a. przerwanie ciągłości postępowania sądowoadministracyjnego jest niedopuszczalne⁴⁶. Z kolei w przypadku wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy ustawodawca przyjmuje odwróconą regułę. Skuteczne wniesienie przez stronę środka prawnego z art. 127 § 3 k.p.a. skutkuje bezprzedmiotowością postępowania sądowoadministracyjnego⁴⁷. Sąd w takiej sytuacji winien na zasadzie art. 161 § 1 pkt 3 p.s.a. umorzyć postępowanie. Co interesujące, **art. 54a p.s.a. pośrednio konstytuuje stan związania sądu oceną organu w zakresie dopuszczalności wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy**. Jedynie w przypadku następczego zaskarżenia decyzji ministra lub SKO, która została podjęta wobec braku skutecznego uruchomienia postępowania kontrolnego, a tym samym z obrazą art. 54a p.s.a., sąd będzie uprawniony, a zarazem zobowiązany do stwierdzenia jej nieważności (art. 145 § 1 pkt 2 p.s.a.).

4. Lakoniczność wypowiedzi ustawodawcy może implikować dalsze wątpliwości w praktyce stosowania komentowanego mechanizmu procesowego. Warto zwrócić uwagę na dwa zagadnienia, jakimi są dopuszczalność wniesienia skargi do sądu wobec uprzedniego zaskarżenia decyzji w trybie administracyjnym oraz temporalne ramy związania sądu obowiązkiem z art. 54a § 2 p.s.a.

Pierwsza ze wskazanych wątpliwości dotyczy sytuacji, w której jedna ze stron postępowania administracyjnego wniosła środek zaskarżenia z art. 127 § 3 k.p.a., a druga następczo (lub nawet równolegle) zaskarżyła decyzję do sądu. Art. 54a p.s.a. reguluje wyłącznie konsekwencje procesowe uruchomienia wewnątrzadministracyjnego trybu weryfikacji w toku postępowania sądowoadministracyjnego. **Nie została zatem *explicite* unormowana odwrotna sekwencja czynności procesowych**. Względ na zasadę pierw-

nadzwyczajnych (reguły eliminowania dwutorowości kontroli ostatecznej decyzji administracyjnej); zob. *Prawo o postępowaniu...*, op. cit., s. 503 i n.

⁴⁶ Zob. T. Woś, J. G. Firlus, *Reguły eliminowania dwutorowości kontroli ostatecznych decyzji administracyjnych – krytyczna analiza wyroku NSA z 9.10.2013 r. (II FSK 2497/13)*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 5, s. 89–90.

⁴⁷ Zob. Uzasadnienie druku nr 1183, s. 54.

szeństwa trybu administracyjnego nakazuje przyjąć następujące ustalenia. Po pierwsze, pismo obejmujące w swej treści środek zaskarżenia niezależnie od jego oznaczenia przez skarżącego od samego początku, tj. od dnia jego wniesienia (względnie przekazania przez sąd na zasadzie art. 53 § 4 p.s.a.), należy traktować jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Omawiany skutek nastąpi zarówno w przypadku wniesienia „skargi” za pośrednictwem organu, jak również po wniesieniu pisma skarżącego bezpośrednio do sądu w warunkach określonych w art. 53 § 4 p.s.a. Po drugie, dla sądu czynność zaskarżenia decyzji z art. 127 § 3 k.p.a. jest z punktu widzenia procesowego irrelevantna. Skoro nie została skutecznie uruchomiona sądowa kontrola rozstrzygnięcia, to zbędne jest podejmowanie jakichkolwiek czynności procesowych. W szczególności zaś sąd nie jest władny odrzucić skargi. Rzeczą organu jest przeto rozpoznanie „skargi” jako wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, a tym samym również ocena jego dopuszczalności. W kontekście poczynionych ustaleń należy również wykluczyć możliwość sięgnięcia przez sąd do treści art. 56 p.s.a. Jakkolwiek uprzednie zwrócenie się przez inną stronę postępowania z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy *prima facie* inicjuje postępowanie „w celu zmiany”⁴⁸ decyzji administracyjnej, to mechanizm przewidujący obligatoryjne zawieszenie postępowania dotyczy li tylko sytuacji, w której to dany środek prawny może skutecznie zainicjować sądową kontrolę. W świetle art. 52 § 3 p.s.a. dekodowanego z uwzględnieniem normatywnego mechanizmu z art. 54a p.s.a. **dostęp do sądu administracyjnego warunkowany jest bowiem brakiem stanu zawisłości sprawy w postępowaniu wewnątrzadministracyjnym.**

Przedmiot dalszych kontrowersji stanowi również ustalenie maksymalnego terminu dopuszczalnego przerwania ciągłości postępowania sądowo-administracyjnego. W szczególności ustalenia wymaga, jaki jest na gruncie art. 54a § 2 p.s.a. miarodajny moment, w którym obowiązek przekazania przez sąd skargi wraz z aktami sprawy przestaje wiązać. Literalna wykładnia przytoczonego przepisu zdaje się wskazywać, że może to nastąpić w każdym czasie. Niemniej jednak względ na systemową rolę orzeczeń sądów administracyjnych nakazuje ten kierunek wykładni zarzucić. Ponad wszel-

⁴⁸ Postępowanie odwoławcze czy też szczególne postępowanie wywołane wniesieniem środka prawnego niehierarchicznego ma na celu ponowne rozpatrzenie sprawy; zob. J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 180. Niewątpliwie zatem wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy umożliwia osiągnięcie zarówno celu bezpośredniego, jak również pośredniego aktu zaskarżenia w ramach jednego postępowania kontrolnego.

ką wątpliwość z dniem ogłoszenia wyroku, względnie jego podpisania w przypadku wyrokowania na posiedzeniu niejawnym, dyspozycja art. 54a § 2 p.s.a. przestaje być dla sądu wiążąca. Należy mieć bowiem na uwadze, iż w świetle art. 144 p.s.a. sąd jest związany wydanym wyrokiem, a przełamanie przedmiotowej zasady może mieć miejsce jedynie w przypadkach ściśle przez ustawodawcę określonych (rektyfikacja, autokontrola z art. 179a p.s.a.). Jak się wydaje, również we wcześniejszych fazach postępowania sądowego z uwzględnieniem zasady ekonomii postępowania należałoby odstąpić od zwracania akt sprawy wraz ze skargą organowi administracji publicznej. W szczególności wobec wydania przez sąd postanowienia o odrzuceniu skargi, względnie postanowienia na zasadzie art. 33 § 1b p.s.a. Niemniej jednak wskazane tytułem przykładu momenty w przebiegu postępowania sądowego stanowią co najwyżej postulat w płaszczyźnie *de lege ferenda*. Tym samym uzasadnione wydaje się postulowanie uzupełnienia przez ustawodawcę treści art. 54a § 2 p.s.a. o termin, po upływie którego do przerwania ciągłości postępowania dojść nie może. Optymalnym rozwiązaniem byłoby zrelatywizowanie skutku kreującego negatywną przesłankę konwersji skargi we wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy z określonym momentem w przebiegu postępowania sądowoadministracyjnego, na przykład do dnia rozpoczęcia⁴⁹ lub wyznaczania⁵⁰ rozprawy. Proponowana metoda zakreslenia przez ustawodawcę terminu skutecznie zabezpieczałaby dynamikę postępowania sądowoadministracyjnego poprzez wyłączenie możliwości jego przywrócenia⁵¹.

5. Kilku słów komentarza wymaga również charakter kompetencji orzeczniczej ministra lub SKO w warunkach przepisanych w art. 54a p.s.a. Wobec wyraźnego zastrzeżenia ustawodawcy nie mamy w tej sytuacji do czynienia z autokontrolą, o której mowa w art. 54 § 3 p.s.a. Normatywna konwersja skargi w zwyczajny środek prawny skutkuje **restytucją uprawnień orzeczniczych organu odwoławczego**. Podstawę prawną antycypowanego rozstrzygnięcia administracyjnego stanowi treść art. 138 k.p.a. Tym samym organ nie będzie uprawniony do stwierdzenia nieważności kwestionowanej decyzji. Skutkiem wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wobec uprzedniego zaskarżenia decyzji administracyjnej do sądu nie jest zatem samodzielne upoważnienie ustawowe do weryfikacji ostatecznej decy-

⁴⁹ Zob. art. 33 § 1a p.s.a.

⁵⁰ Zob. art. 115 § 1 p.s.a.

⁵¹ Zob. *Prawo o postępowaniu...*, op. cit., s. 311.

zji administracyjnej⁵², lecz w obliczu konkurencyjnych i alternatywnie dostępnych dróg ochrony prawnej przedłużenie pierwotnie dostępnej kompetencji organu do rozpoznania środka zaskarżenia.

Uwagi końcowe

Podlegająca nieustannej ewolucji rzeczywistość społeczna i gospodarcza, w której przyszło funkcjonować administracji publicznej, może prowadzić do dezaktualizacji⁵³ części rozwiązań kodeksowych⁵⁴. Niemniej jednak generalna, wręcz rewolucyjna rewizja ram proceduralnych postępowania administracyjnego nie stanowi panaceum na ujawniające się w praktyce administracyjnej problemy. Zasięg ingerencji ustawodawcy w zastany model zaskarżalności decyzji administracyjnych, jak również brak systemowej koherencji wchodzących w życie 1 czerwca 2017 roku rozwiązań procesowych uzasadnia negatywną ocenę kompleksu znowelizowanych przepisów. W sposób szczególnie widoczny niedostatki noweli kwietniowej ujawniają się na gruncie analizy mechanizmu zadekretowanego w art. 52 § 3 i art. 54a p.s.a. Przydanie wnioskowi o ponowne rozpatrzenie sprawy charakteru środka prawnego fakultatywnego stanowi niczym nieuzasadniony wyłom w strukturalnych przesłankach zakreślających dostęp do sądu administracyjnego. Ponadto dopuszczalność sądowej kontroli nieostatecznej decyzji administracyjnej ministra lub SKO została oparta na wadliwych założeniach konstrukcyjnych. Dualizm dróg ochrony prawnej wymaga zadekretowania przez ustawodawcę jednoznacznych i konsekwentnych kryteriów eliminowania ich zbiegu. Skoro głównym motywem dla nowelizacji przepisów k.p.a. było zagwarantowanie realizacji zasady szybkości postępowania administracyjnego, to należało poprzestać na konsekwentnym usunięciu z systemu środka prawnego, o którym mowa w art. 127 § 3 k.p.a. Względ na ochronę interesów innych stron zakończonego postępowania administracyjnego niż strona skarżąca nie stanowił dostatecznego uzasadnienia dla implementacji mechanizmu z art. 54a p.s.a. Wszak w postępowaniu sądowoadministracyjnym interes prawny tych podmiotów podlega ochronie w trybie i na warunkach określonych w art. 33 § 1 w zw. z art. 12 p.s.a.

⁵² W piśmiennictwie taki charakter prawny przypisywany jest instytucji z art. 54 § 3 p.s.a.; zob. A. Goleba, *Autokontrola decyzji administracyjnej*, Kraków 2012, s. 120–121.

⁵³ Zob. J. Parkin, *Adaptable due process*, "University of Pennsylvania Law Review" 2012, vol. 160, no. 5, s. 1309.

⁵⁴ Por. Z. Kmiecik, *Dylematy reformy prawa o postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 1, s. 4.

Paradoksalnie przyjęte w noweli kwietniowej k.p.a. rozwiązanie stanowi *per se* zaprzeczenie zasady ekonomii postępowania. Przepisany w art. 54a p.s.a. mechanizm procesowy może stanowić instrument służący nadużyciom⁵⁵, a w dalszej kolejności prowadzić do obstrukcji procesowej. Tym samym główne założenie noweli kwietniowej, jakim jest usprawnienie postępowania administracyjnego oraz sądowoadministracyjnego, w wielu przypadkach nie zostanie osiągnięte.

OPTIONAL NATURE OF A REQUEST FOR RETRIAL IN THE LIGHT OF MODIFIED PRINCIPLE OF TWO-INSTANCE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

ABSTRACT

In April 2017 Code of Administrative Procedure have been *de novo* amended, including the principle of two-instance administrative proceedings. Amongst many newly adopted institutions lawmakers have also modified legal nature of a request for retrial. This is to say its optional nature is correlated with the conditions of admissibility to the administrative court i.e. applicant is not obliged to exhaust legal means within the so-called preliminary administrative proceedings. Undoubtedly the lawmakers' motives in modifying the conditions of admissibility to court under Article 52 § 3 of Law on proceedings before administrative courts are to some extent obvious. Ineffectiveness of the judicial review over public authorities in Republic of Poland seems to be vital obstacle in achieving standard of good administration. Therefore, lawmakers decided to simplified conditions, which must be fulfilled by the applicant; yet there is primary controversy regarding the utility of the newly adopted mechanism i.e. whether Article 52 § 3 and Article 54 p.s.a. are sufficient to deal with abovementioned issues?

KEYWORDS

administrative proceedings, good administration (governance), two-instance proceedings, legal remedies

BIBLIOGRAFIA

1. Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011.
2. Adamiak B., *Odwołanie w polskim systemie postępowania administracyjnego*, Wrocław 1980.

⁵⁵ Strony postępowania administracyjnego niejednokrotnie reprezentują przeciwstawne interesy, w szczególności w sytuacji, gdy struktura podmiotowa jurysdykcji administracyjnej przybiera postać tzw. sporów faktycznych; zob. *Prawo o postępowaniu...*, op. cit., s. 164. Stąd też w szeregu przypadków zwrócenie się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy w warunkach, o których mowa w art. 54a p.s.a., może przyjąć postać intencjonalnego nadużycia prawa procesowego.

3. Chróścielewski W., *Czy potrzebny jest nowy kodeks postępowania administracyjnego?*, [w:] *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*, red. L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorzcyk, Katowice 2015.
4. Chróścielewski W., *O instytucji wyłączenia w postępowaniu administracyjnym raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 12.
5. Chróścielewski W., *Zmiany w zakresie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego i prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które weszły w życie w 2011 r.*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2011, nr 4.
6. Derlatka J., *Kontrowersje wokół wyłączenia pracownika i piastuna funkcji organu w sytuacji złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy – głos w dyskusji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 9.
7. van Dijk F., *Improved Performance Of The Netherlands Judiciary: Assessment of The Gains For Society*, „International Journal For Court Administration” 2014, 6 (1).
8. Gołęba A., *Autokontrola decyzji administracyjnej*, Kraków 2012.
9. Groo L., *Judicial System Restructuring and Modernization in Abu Dhabi*, „International Journal For Court Administration” 2008, 1(1).
10. Jackiewicz A.I., *Prawo do dobrej administracji jako standard europejski*, Toruń 2008.
11. Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1992.
12. Jędruszczuk Ł., *Zmiany w postępowaniu administracyjnym*, „Temidium” 2011, nr 1 (62).
13. Klat-Wertelecka L., *Glosa do uchwały siedmiu sędziów NSA z dnia 18 lutego 2013 r., I GPS 2/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 11.
14. Kmiecik Z., *Dylematy reformy prawa o postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 1.
15. Kmiecik Z., *Instancyjność postępowania administracyjnego w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 5.
16. Kmiecik Z., *O potrzebie nowelizacji przepisów kodeksu postępowania administracyjnego regulujących postępowanie odwoławcze*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 12.
17. Kmiecik Z., *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011.
18. Kmiecik Z., *Postępowanie odwoławcze*, [w:] *Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym. Raport zespołu eksperckiego*, Warszawa 2016.
19. Knysiak-Molczyk H., *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2004.
20. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Borkowski J. et al., Warszawa 1989.
21. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk et al., Warszawa 2015.
22. Michalska-Marciniak M., *Zasada instancyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013.
23. Parkin J., *Adaptable due process*, „University of Pennsylvania Law Review” 2012, Vol. 160, No. 5.
24. *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś et al., Warszawa 2015.
25. Pułło M., *O „poziomym” toku instancji w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. XXVIII.
26. Sarnecki P., *Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego w świetle zasad Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Casus” 2008, nr 4.

27. Sawczyn W., *Glosa do wyroku NSA z dnia 9 października 2013 r., II FSK 2497/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015, z 3.
28. *System prawa administracyjnego*, t. III, red. Rabska T., Łętowski J., Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1978.
29. Szewczyk E., Szewczyk M., *O potrzebie ograniczenia wariantów rozstrzygnięć organu odwoławczego w trybie uproszczonym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 3.
30. Wegner-Kowalska J., *Główne idee projektu nowej kodyfikacji postępowania administracyjnego*, „Administracja. Teoria-Praktyka-Dydaktyka” 2015, nr 3.
31. Woś T., Firlus J. G., *Reguły eliminowania dwutorowości kontroli ostatecznych decyzji administracyjnych – krytyczna analiza wyroku NSA z 9.10.2013 r. (II FSK 2497/13)*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 5.
32. Woś T., *Związki postępowania administracyjnego i sądowno-administracyjnego*, Warszawa-Kraków 1989.
33. Wróbel A., M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013.
34. Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013.
35. Zimmermann J., *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996.

NATALIE FOX

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Ustrojowego Porównawczego
E-MAIL: NATALIE.FOX@UJ.EDU.PL

ALEKSANDRA OZIMEK

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Samorządu Terytorialnego
E-MAIL: ALEKSANDRA.OZIMEK@DOCTORAL.UJ.EDU.PL

Sądowa kontrola konstytucyjności aktów prawa miejscowego – wyłom w systemie czy egzemplifikacja konkretnej kontroli konstytucyjności w polskim porządku prawnym?

STRESZCZENIE

Przyjęcie kontynentalnego (scentralizowanego) modelu kontroli konstytucyjności prawa na gruncie polskiej ustawy zasadniczej przyczyniło się do utworzenia specjalnego organu konstytucyjnego – Trybunału Konstytucyjnego – powołanego w celu rozpatrywania rozmaitych kwestii konstytucyjnych. Analiza obowiązujących regulacji prawnych oraz rozwiązań ustrojowych skłania jednak do postawienia pytania o to, jaką rolę odgrywają w tym zakresie sądy administracyjne, których podstawowym celem jest kontrola działalności administracji publicznej pod względem zgodności z prawem. Tak szeroko zakreślone kryterium kontroli (legalność), odnoszone w szczególności do jednego z podstawowych przejawów działalności organów administracji publicznej, jakim są powszechnie obowiązujące na obszarze działania organów, które je ustanowiły, akty prawa miejscowego, może bowiem sprawiać trudności w precyzyjnym określeniu jej wzorców. Wątpliwości w tym zakresie pozostawiają również niejednoznaczne i nie w pełni spójne postanowienia art. 184 Konstytucji RP.

SŁOWA KLUCZOWE

kontrola konstytucyjności, akty prawa miejscowego, sądy administracyjne

I

W procesie sądowego stosowania prawa¹ istotne zagadnienie stanowi problem systemowego powierzenia kompetencji do badania konstytucyjności prawa **właściwemu, wyraźnie wskazanemu organowi**. Hierarchicznie uporządkowany system źródeł prawa² oraz przyznanie nadrzędnej pozycji Konstytucji RP³ wśród innych aktów prawnych implikowało potrzebę szczególnej jej ochrony zarówno w aspekcie ustrojowym, jak i proceduralnym. Pomimo faktu, iż ustawa zasadnicza w art. 8 ust. 1 wyraża *expressis verbis* zasadę prymatu konstytucji⁴, nie stanowi to wystarczającej gwarancji legalności (praworządności) działania aparatu państwa, w tym administracji publicznej. Celem zabezpieczenia efektywności ustanowionego prawa wymagane jest zapewnienie odpowiednich mechanizmów gwarancyjnych, chroniących cały system prawny przed negatywnymi konsekwencjami nieprawidłowych decyzji walidacyjnych⁵.

¹ Między pojęciami „stosowanie prawa” i „sądowe stosowanie prawa” występuje pewna logiczna podrzędność. Stosowanie prawa – będące pojęciem znacznie szerszym – obejmuje swym zakresem podmiotowym obok sądów również organy administracji publicznej, osoby fizyczne oraz osoby prawne. Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 8. W niniejszym artykule zakres rozważań zostanie ograniczony wyłącznie do sądowego stosowania prawa.

² Z rozważań zostały wyłączone wątki nawiązujące do prawa Unii Europejskiej, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego. Zagadnienie to po jednoznacznych wypowiedziach Trybunału Konstytucyjnego nie budzi obecnie – co do zasady – wątpliwości. Zob. wyrok TK z 11 maja 2005 r., K 18/04 (LEX nr 155502); wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 listopada 2010, K 32/09 (LEX nr 621758).

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: „Konstytucja RP”, „konstytucja”, „ustawa zasadnicza”.

⁴ Najwyższa (szczególna) moc prawna Konstytucji RP oznacza, iż wszystkie normy wyrażone w aktach usytuowanych niżej w hierarchii źródeł prawa muszą pozostać w pełni zgodne w swej treści z normami konstytucyjnymi. Por. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 56. Z literalnego brzmienia art. 8 ust. 1 Konstytucji RP wynika również pewna dwoistość. Ustawie zasadniczej przyznana została dominująca rola w systemie źródeł prawa, *ergo* dopuszczono równocześnie możliwość współistnienia innego prawa, niżej usytuowanego. Por. A. Bator, *Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa – w związku z art. 8 Konstytucji RP*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, red. A. Bator, Wrocław 1999, s. 44–45.

⁵ Por. odnośnie do decyzji walidacyjnej: M. Jasiński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy powszechne*, „Gdańskie Studia Prawnicze – przegląd orzecznictwa” 2005, nr 4, s. 164, który przez decyzję walidacyjną rozumie środek rozwiązywania kolizji pomiędzy aktami o różnej hierarchicznie randze.

Prawidłowa realizacja norm konstytucyjnych *sensu largo* związana jest z ustanowieniem odpowiednich środków kontroli realizowanych w praktyce, a także odpowiednich mechanizmów ochronnych o charakterze ustrojowym. Przyjęcie kontynentalnego (scentralizowanego) modelu kontroli konstytucyjności prawa⁶ na gruncie polskiej ustawy zasadniczej implikowało potrzebę **utworzenia specjalnego, niezależnego organu sądowego – Trybunału Konstytucyjnego** – powołanego w celu rozpatrywania zagadnień prawnych o konstytucyjnej proveniencji. Tym samym kompetencja, której normatywną treść stanowi kontrola konstytucyjności prawa w „modelu kelsenowskim”⁷, została powierzona jednemu, wyspecjalizowanemu w tym zakresie organowi⁸. Wraz z utworzeniem organizacyjnie wyodrębnionego, specjalnego organu o charakterze jurysdykcyjnym⁹ przyznano Trybunałowi Konstytucyjnemu **wyłączną kompetencję do kontroli hierarchicznej zgodności prawa z normami konstytucyjnymi**¹⁰. Celem takiej

⁶ Znamienna rola w realizacji teoretycznych założeń modelu scentralizowanego przypadła Austrii, będącej „ojczyzną” koncepcji sądowej ochrony konstytucyjności w Europie. Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 17.

⁷ Za twórcę europejskiego modelu badania konstytucyjności uważa się powszechnie Hansa Kelsena. Zob. D. Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, Warszawa 1999, s. 21. Sądy europejskie nie przyjęły amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa, zwanego zdekoncentrowanym, ukształtowanego w Stanach Zjednoczonych w XIX w., w którym kontrola konstytucyjności prawa została powierzona wszystkim sądom „niezależnie od ich szczebla instancyjnego. Zob. szerzej: P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007, passim. Na temat *judicial review* zob. S. Kubas, *Judicial review – geneza i rozwój*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarnackiego*, red. P. Czarny, Kraków 2004, passim.

⁸ W polskim porządku prawnym występują dwa odrębne piony władzy sądowniczej. Zgodnie z art. 10 ust. 2 w zw. z art. 173 i 174 Konstytucji RP władzę sądowniczą sprawują sądy i trybunały. Kompetencja do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w polskim systemie prawnym została powierzona wyłącznie sądom. Z kolei główną kompetencję Trybunału Konstytucyjnego upatruje się w dokonywaniu kontroli konstytucyjności prawa, jednakże uprawnienie to nie stanowi jego wyłącznej kompetencji. Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 188 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 1.

⁹ Na temat jurysdykcyjnej ochrony konstytucji zob. szerzej: M. Granat, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2003, s. 83–84.

¹⁰ Zob. B. Banaszak, op. cit., s. 121–122. Na temat TK jako jedynej i wyłącznej organu, któremu przyznana została możliwość dokonywania wiążącej interpretacji konstytucji, zob. F. Siemieński, *Podstawowa funkcja Trybunału Konstytucyjnego w świetle nowej*

kontroli jest zachowanie porządku konstytucyjnego oraz zbudowanego hierarchicznie systemu źródeł prawa¹¹.

Systemowo wskazać można na dwie grupy gwarancyjnych mechanizmów o charakterze ochronnym dla zasady nadrzędności Konstytucji RP. Z jednej strony ustrojodawca w trosce o zagwarantowanie prymatu ustawy zasadniczej wprowadza nakaz jej **bezpośredniego stosowania**¹². Przy czym, co istotne, owo pryncypium ustrojowe dotyczy nie tylko ustawodawcy, ale również ma zastosowanie we wszelkich procesach stanowienia oraz stosowania prawa *sensu largo*¹³. W konsekwencji władza publiczna w całości, a w szczególności organy administracji publicznej, jest zobowiązana do bezpośredniego stosowania Konstytucji RP. Jakkolwiek zakres owej kompetencji jest niezwykle wąski. W tym aspekcie odnotować należy, iż organy ad-

Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] *Konstytucyjny ustroj państwa: księga jubileuszowa profesora Wiesława Skrzydły*, red. T. Bojarski, E. Gdulewicz, J. Szreniawski, Lublin 2000, s. 266–267.

¹¹ Przedmiot kontroli konstytucyjności prawa stanowi zgodność działań prawodawczych z całym porządkiem prawnym. Por. L. Garlicki, *Sądowa ochrona konstytucji we współczesnym państwie kapitalistycznym – Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Kontrola konstytucyjności prawa*, red. M. Granat, R. Mojak, J. Sobczyk, Lublin 1987, s. 5–6.

¹² Konstytucja RP wprowadziła *expressis verbis* w art. 8 ust. 2 zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji, która ma szczególne znaczenie dla systemu prawa oraz stanowi istotne *novum* w polskim porządku prawnym. Zgodnie z literalną wykładnią omawianego przepisu normy prawne wyrażone w ustawie zasadniczej podlegają bezpośredniemu stosowaniu, bez konieczności ich rozwijania w ustawodawstwie zwykłym. Jest to tzw. samoistne stosowanie konstytucji (jedna z trzech form bezpośredniego jej stosowania). Szerzej na ten temat zob. idem, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji. Wprowadzenie do dyskusji*, [w:] *Konferencja naukowa. Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999, s. 12–32. Obywatele mogą powoływać się skutecznie na postanowienia ustawy zasadniczej, a organy władzy państwowej mają obowiązek bezwzględnego przestrzegania tego prawa. Por. K. Complak, *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] J. Boć, *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 29. Na gruncie orzeczniczej działalności sądów jako szczególnie doniosłe jawi się tzw. współstosowanie konstytucji i ustaw. Por. K. Działocha, *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji RP*, red. A. Preisner, T. Zalasinski, Wrocław 2005, s. 85. Aczkolwiek tzw. prokonstytucyjna wykładnia prawa powinna mieć szczegółowo wyznaczone granice, aby nie przerodziła się w pozasystemowe przypisywanie sobie przez sądy kompetencji do szerokiej kontroli konstytucyjności ustaw zwykłych z Konstytucją RP. W tym duchu zob. P. Skolimowski, *Granice między wykładnią prokonstytucyjną a bezpośrednim stosowaniem przepisów Konstytucji – uwagi na tle uchwały Izby Gospodarczej NSA z 22 czerwca 2011 r.*, „Palestra” 2013, nr 3–4, *passim*.

¹³ Na ten temat m.in. A. Błaś, *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz...*, op. cit., s. 28–29.

ministracji publicznej¹⁴ nie są uprawnione do takiego bezpośredniego zastosowania konstytucji¹⁵, które polegałoby na możliwości wyeliminowania z podstawy prawnej swego rozstrzygnięcia ustawy jako niezgodnej z Konstytucją RP¹⁶. Z drugiej strony konstytucja przewiduje środki prawne uruchamiające na zasadzie skargowości postępowanie, którego celem jest ochrona ustawy zasadniczej¹⁷.

¹⁴ Tzw. kierownicze stosowanie konstytucji swym zakresem podmiotowym obejmuje m.in. legislatywę. Na temat dopuszczalności oraz zakresu bezpośredniego stosowania konstytucji przez organy administracji publicznej zob. m.in. P. Tuleja, *Stosowanie konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 70–71.

¹⁵ Egzemplifikację prezentowanego zagadnienia stanowi *mutatis mutandis* wypowiedź sądu konstytucyjnego dotycząca działalności Prezydenta RP. Na marginesie warto zaznaczyć, że Prezydent RP jako organ państwa może występować w rolach, które na płaszczyźnie prawnej bywają zróżnicowane. Stąd też w sferze kreacyjnej (obsady stanowisk) Prezydent RP działa jako naczelny organ administracji państwowej. Zob. *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 146–147. Zasadniczo TK wskazał, że odmowa dokonania czynności urzędowej przez Prezydenta RP „[...] nie może opierać się wyłącznie na zarzucie wadliwości samej podstawy prawnej dokonanego wyboru. Zarzut odnoszący się do treści ustawy [...] musiałby się bowiem przekształcić we wniosek o zbadanie zgodności z Konstytucją tej ustawy przez Trybunał Konstytucyjny. Konstytucja **nie przyznaje bowiem Prezydentowi żadnych kompetencji w zakresie ostatecznego rozstrzygnięcia o hierarchicznej zgodności norm**” [podkreślenie własne autorów]. Zob. wyrok TK z 3 grudnia 2015 r., K 34/15, teza 8.5.2. (LEX nr 1937295).

¹⁶ Dopuszczalność pominięcia aktu ustawowego jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia stanowiła wątpliwe zagadnienie zarówno w nauce, jak również w orzecznictwie. Rozważania dotyczyły głównie dopuszczalności przeprowadzenia takiego zabiegu przez sądy. Obecnie za dominujący uznać należy pogląd o braku systemowego przyznania takiej kompetencji sądom. Na ten temat por. m.in. P. Mikuli, *W sprawie ewentualnej możliwości kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy (uwagi związane z art. 8 ust. 2, 178 ust. 1 oraz art. 193 Konstytucji RP z 1997 r. na tle porównawczym)*, [w:] *Szkice o zasadach i instytucjach ustrojowych II i III Rzeczypospolitej*, red. J. Czajkowski, M. Grzybowski, Kraków 2002, s. 190. Analogiczne racje przemawiają za wykluczeniem możliwości przeprowadzenia takiego zabiegu w procesie stosowania prawa przez organy administracji publicznej. Potwierdzenie tej tezy upatrywać można m.in. w zasadzie praworządności. Na temat treści zasady praworządności na gruncie postępowania administracyjnego por. B. Adamiak, J. Borowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 46–47.

¹⁷ Po pierwsze, skarga konstytucyjna jako instytucja służąca ochronie praw i wolności konstytucyjnych przed ich naruszeniem ze strony organów władzy publicznej w drodze szczególnego postępowania przed sądem konstytucyjnym. Na ten temat zob. P. Tuleja, *Prawo do sądu i skarga konstytucyjna jako konstytucyjne środki ochrony praw człowieka*, [w:] *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, red. E. Dynia, C. P. Kłak, Rzeszów 2005, s. 37–38. Po drugie, instytucja pytania prawnego skierowanego przez sąd w związku z toczącym się postępowaniem do Trybunału Konstytucyj-

Określone wątpliwości może budzić druga kategoria środków ochrony konstytucji. *Prima facie* w systemie organów władzy sądowniczej¹⁸ zarysowuje się układ konkurencyjnych środków prawnych, prowadzących zasadniczo do zbliżonego zakresu rozpoznania. Przy czym wobec braku bezpośredniego rozstrzygnięcia hierarchicznego konfliktu aktów normatywnych zakres orzekania i jego skutki nie muszą być wtedy tożsame. Tym samym w różnych układach procesowych możliwe jest wystąpienie potencjalnych sporów kompetencyjnych pomiędzy organami władzy sądowniczej. Owa sytuacja dotyczy zakresu kontroli działalności administracji publicznej sprawowanej przez sądy administracyjne oraz – w jej wyniku – możliwej ingerencji w zakres kognicji sądu konstytucyjnego. Przede wszystkim analizy wymaga zagadnienie aktów prawa miejscowego, które na zasadzie wyłączności podlegają sądowej kontroli przez sądy administracyjne¹⁹.

nego (art. 193 Konstytucji RP). Zob. szerzej A. Kabat, *Pytanie prawne w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzcíński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 105–106. Po trzecie, możliwość uruchomienia postępowania przed TK przez podmioty wskazane w art. 191 ust. 1 Konstytucji RP – tzw. wniosek o zbadanie zgodności wymienionych w art. 188 Konstytucji RP aktów prawnych z ustawą zasadniczą. Nie budzi wszakże wątpliwości, iż wszystkie wymienione powyżej środki prawne wyczerpują standard skargowości.

¹⁸ Nie budzi zasadniczo wątpliwości charakter Trybunału Konstytucyjnego jako organu sądowego. Na ten temat por. m.in. A. Wasilewski, *Władza sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 7, s. 15.

¹⁹ Naturalnie nie uchodzi uwadze autorów fakt, iż sądowa kontrola administracji publicznej stanowi częściowo również problem właściwości rzeczowej sądownictwa powszechnego. Na ten temat por. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2012, s. 36–37. Jakkolwiek rodzaj spraw z zakresu kontroli administracji publicznej sprawowanej w pionie sądownictwa powszechnego nie może implikować następstw w postaci wątpliwości co do przedmiotowego zakresu orzekania przez Trybunał Konstytucyjny. W owych postępowaniach jedną wątpliwość może stanowić **podstawa prawna** rozstrzygnięcia organu administracji publicznej. W takiej sytuacji – co zostało przesądzone w orzecznictwie – sąd **ma obowiązek zwrócić się z pytaniem prawnym do TK w razie wątpliwości co do konstytucyjności danego przepisu**. Wówczas kontrola sądowa ogranicza się jedynie do **stwierdzenia hierarchicznej niezgodności**, jakkolwiek samodzielne wyeliminowanie decyzji lub innego przejawu działalności administracji publicznej na tej podstawie jawi się jako wykluczone. Taka decyzja walidacyjna sądu byłaby wadliwa, a samo orzeczenie powinno zostać wyeliminowane w ramach instancyjnej kontroli jego zgodności z prawem. Sąd wprawdzie jest zobowiązany z urzędu uwzględniać istniejący hierarchicznie konflikt, ale różne będą konsekwencje jego stwierdzenia.

II

Problematyka kontroli legalności prawa (w tym jego konstytucyjności) obejmuje swoim zakresem – zgodnie z treścią art. 184 Konstytucji RP – określoną ustawowo kontrolę działalności administracji publicznej sprawowaną przez Naczelną Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne, a ponadto orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej. Mając zatem na uwadze w szczególności treść art. 184 Konstytucji RP, art. 1 ustawy z dnia 25 lipca 2002 roku Prawo o ustroju sądów administracyjnych²⁰ oraz art. 1 i 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²¹ wskazać należy, że kontrola ta jest sprawowana pod względem zgodności z prawem, o ile ustawy nie stanowią inaczej (art. 1 § 2 p.u.s.a.), i obejmuje ona – co do zasady²² – badanie przez sądy administracyjne legalności z jednej strony indywidualnych rozstrzygnięć organów administracji publicznej (na przykład decyzji administracyjnych lub postanowień), zaś z drugiej strony aktów normatywnych stanowionych przez te organy (w tym w szczególności aktów prawa miejscowego).

W odniesieniu do pierwszej kategorii aktów podlegających kontroli sądów administracyjnych – określanej w doktrynie mianem **pośredniej kontroli legalności prawa**²³ – podkreślenia wymaga, iż w przypadku powzięcia

²⁰ Tekst jedn. DzU z 2014 r., poz. 1647 ze zm. (dalej jako: p.u.s.a.).

²¹ Tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 270 ze zm. (dalej jako: p.p.s.a.).

²² W tym miejscu wskazać należy, iż zakresem niniejszego opracowania objęty zostanie jedynie ten wycinek sprawowanej przez sądy administracyjne kontroli działalności administracji publicznej (właściwości rzeczowej), który odnosić się będzie do badania legalności aktów administracyjnych stanowionych przez organy jednostek samorządu terytorialnego. Tym samym pominięte zostaną te zagadnienia odnoszące się do kontroli działalności administracji publicznej, które obejmują rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej (art. 1 § 1 *in fine* p.u.s.a. i art. 4 p.p.s.a.), jak również bezczynność i przewlekłe prowadzenie postępowania przez organy administracji publicznej (art. 3 § 2 pkt 8 i 9 p.p.s.a.) oraz inne sprawy, do których przepisy p.p.s.a. stosuje się z mocy ustaw szczególnych (art. 1 *in fine* p.p.s.a.). Na temat kontrowersji co do zgodności z art. 184 Konstytucji RP uregulowania przewidzianego w art. 1 *in fine* p.p.s.a. zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, op. cit., s. 23. Zob. również M. B. Wilbrandt-Gotowicz, *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowoadministracyjnych*, Warszawa 2010, s. 63 oraz przywołaną tam literaturę.

²³ Zob. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne*, Warszawa–Zielona Góra 2003, s. 41–47.

wątpliwości co do zgodności z prawem przepisu prawa stanowiącego podstawę wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia organu administracji publicznej sądy te mogą podjąć różne rozstrzygnięcia²⁴ w zależności od rangi aktu normatywnego, w którym zawarty został wspomniany przepis budzący zastrzeżenia²⁵.

Pierwsza grupa rozstrzygnięć będzie się odnosiła do sytuacji, gdy **niezgodny z prawem przepis został zawarty w akcie podustawowym**, tj. rozporządzeniu lub akcie prawa miejscowego (art. 87 Konstytucji RP²⁶). W takim przypadku sąd administracyjny – po dokonaniu we własnym zakresie oceny legalności (konstytucyjności²⁷) takiego aktu – może przede wszystkim odmówić zastosowania w indywidualnej sprawie sądowoadministracyjnej zawartego w nim przepisu, który w jego opinii narusza przepisy hierarchicznie nadrzędne²⁸. Tego rodzaju uprawnienie sądu administracyjnego (a także każdego innego składu orzekającego sądu) można wyprowadzić wprost z treści art. 178 ust. 1 *in fine* Konstytucji RP, zgodnie z którym sędziowie podlegają tylko Konstytucji i ustawom²⁹. Nie są oni zatem związani aktami rangi podustawowej, mogąc tym samym dokonywać oceny ich zgodności z aktami będącymi wyżej w hierarchii źródeł prawa

²⁴ Zob. ibidem, s. 43–47; R. Hauser, A. Kabat, *Pytanie prawne jako procedura kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1, s. 28–29, 37–38, 43; J. Trzciński, M. Wiącek, *Komentarz do art. 193 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, op. cit., s. 8–9, 15–16; K. Kolasiński, *Abstrakcyjna i konkretna kontrola aktów normatywnych w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego rozstrzygających pytania prawne*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania...*, op. cit., s. 124–125.

²⁵ Zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 35–36.

²⁶ Szerzej na temat hierarchiczności źródeł prawa zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 87 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, s. 1–2.

²⁷ R. Hauser i A. Kabat mianem „kontroli konstytucyjności prawa” określają bowiem również kontrolę zgodności aktów podustawowych z ustawami (zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 32).

²⁸ Zob. J. Trzciński, M. Wiącek, op. cit., s. 15–16; R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, op. cit., s. 43–44; R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 28–29, 37–38. Zob. też A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005, s. 116–117; R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 28, 34–37, 41 oraz L. Garlicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 15–16.

²⁹ Wyjątek w tym zakresie stanowi treść art. 195 ust. 1 *in fine* Konstytucji RP, zgodnie z którym sędziowie TK podlegają tylko Konstytucji RP.

powszechnie obowiązującego³⁰, a w związku z tym w razie stwierdzenia niezgodności z prawem takiego uregulowania są uprawnieni³¹ – jak zostało to już wskazane powyżej – do jego pominięcia na etapie orzekania w konkretnej sprawie. Niemniej jednak uprawnienie to nie wyklucza jeszcze ze swej istoty możliwości zwrócenia się w takim przypadku z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego³². W szczególności wyłączenia takiego nie przewiduje art. 193 Konstytucji RP, który w przypadku instytucji pytań prawnych³³ pozwala objąć przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego także przepisy prawa miejscowego ustanowione przez organy samorządu terytorialnego³⁴. W doktrynie postuluje się, aby sądy jak najczęściej korzystały z instytucji pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego w razie dostrzeżenia niezgodności z prawem przepisu aktu podustawowego³⁵, jeśli tylko spełniony zostanie w danej sprawie wymóg „zależności” pomiędzy odpowiedzią na zadane pytanie a rozstrzygnięciem mającym zapasć przed danym sądem orzekającym (**przesłanka funkcjonalna**)³⁶. Dopiero bowiem takie działanie sądu administracyjnego pozwoliłoby na trwałe wyeliminowanie z obrotu prawnego przepisu aktu podustawowego niezgodnego z aktami wyższego rzędu³⁷, a tym samym zapobiegłoby w przyszłości jego ponownemu wykorzystaniu (jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia) przez

³⁰ Zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 37–38. Zob. też A. Zieliński, *Rzecznikowski sposób patrzenia na prawo*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 458–459.

³¹ W tym sensie, że jeżeli przepis aktu wykonawczego pozostaje w sprzeczności z ustawą bądź Konstytucją, wówczas sąd nie może oprzeć na jego podstawie swego rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie.

³² Zob. J. Trzciński, M. Wiącek, op. cit., s. 15–16. Zob. też L. Garlicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 16, który – jak się jednak wydaje – niezasadnie zawęża możliwość zwrócenia się z pytaniem prawnym jedynie do przepisów zawartych w aktach rangi podustawowej określonych w art. 188 pkt 3 Konstytucji RP. Szerzej na temat dopuszczalności objęcia pytaniem prawnym również przepisów aktów prawa miejscowego zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 28–29 oraz J. Trzciński, M. Wiącek, op. cit., s. 9.

³³ W przeciwieństwie do art. 188 pkt 3 Konstytucji RP, regulującego abstrakcyjną kontrolę prawa, zgodnie z którym kognicją Trybunału Konstytucyjnego objęte są jedynie akty wydawane przez **centralne organy państwowe**, do których nie można zaliczyć organów jednostek samorządu terytorialnego ani też terenowych organów administracji rządowej.

³⁴ Zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 28.

³⁵ Zob. A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP...*, op. cit., s. 116–117 oraz przywołaną w tym zakresie literaturę.

³⁶ Zob. J. Trzciński, M. Wiącek, op. cit., s. 9 oraz R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 28.

³⁷ Zob. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, op. cit., s. 44; R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 38; R. Hauser, J. Trzciński, op. cit., s. 44.

organ administracji publicznej, który działając na podstawie i w granicach prawa³⁸, nie mógłby – tak jak sąd – odmówić jego zastosowania w kolejnej rozpoznawanej przez niego podobnej sprawie administracyjnej³⁹. Skutek ten nie zostałby natomiast osiągnięty w przypadku skorzystania przez sąd z odmowy zastosowania takiego przepisu jedynie w toczącej się przed nim jednostkowej sprawie.

Druga grupa rozstrzygnięć ma miejsce w sytuacji, gdy owa **niezgodność z prawem będzie dotyczyła przepisu rangi ustawowej**, a zatem zachodzić będzie niezgodność danego uregulowania z Konstytucją RP. W takim przypadku bezsporne⁴⁰ wydaje się ograniczenie aktywności sądu orzekającego w danej sprawie zasadniczo do obowiązku wystąpienia z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego⁴¹. W praktyce oznaczać to będzie, że sąd administracyjny orzekający o zgodności z prawem indywidualnego aktu administracyjnego nie będzie mógł odmówić w takiej sytuacji zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu ustawy, na podstawie którego został wydany ów akt⁴² – tak jak to miało miejsce w odniesieniu do przepisów aktów podstawowych – a to z uwagi na wskazywaną powyżej podległość sędziów Konstytucji i ustawom⁴³. Niemniej jednak także i w tym przypadku wskazuje się – w doktrynie i orzecznictwie – na swego rodzaju odstępstwa od przywołanej powyżej zasady⁴⁴.

³⁸ Zob. art. 7 Konstytucji RP. Szerzej na ten temat zob. W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 8–13.

³⁹ Zob. R. Hauser, J. Trzciński, op. cit., s. 44.

⁴⁰ Niemniej jednak podkreślenia wymaga, iż uprzednio prezentowany był pogląd – obecnie już w znacznej mierze nieaktualny – zgodnie z którym wprowadzenie do naszego porządku prawnego „organu kontroli konstytucyjności prawa” nie powodowało wykluczenia możliwości orzekania przez sądy o niekonstytucyjności prawa na potrzeby danej sprawy. Zob. R. Hauser, J. Trzciński, op. cit., s. 22 wraz z przywołaną tam obszerną literaturą.

⁴¹ Zob. ibidem, s. 23, 28. Zob. też: A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, op. cit., s. 114–116.

⁴² Zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 36. Zob. też: L. Garlicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 13–15 wraz z przywołaną tam literaturą oraz J. Trzciński, M. Wiącek, op. cit., s. 14–15.

⁴³ Zob. art. 178 ust. 1 *in fine* Konstytucji RP.

⁴⁴ Na tego rodzaju wyjątki od ogólnej reguły, określane mianem tzw. wtórnej niekonstytucyjności przepisów ustaw oraz tzw. oczywistej ich niekonstytucyjności, wskazują m.in. R. Hauser i J. Trzciński. Szerzej na ten temat zob. R. Hauser, J. Trzciński, op. cit., s. 28–34 oraz A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w orzecznictwie sądów administracyjnych – uwarunkowania ustrojowe i aspekt orzeczniczy*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 2, s. 12–13. Zob. też A. Zieliński, op. cit., s. 457; wyrok

Wątpliwości w praktyce może jednak budzić druga z wymienionych kategorii aktów podlegających kontroli sądów administracyjnych – określana w doktrynie jako **bezpośrednia kontrola legalności prawa**⁴⁵ – do której zaliczają się akty normatywne stanowione przez organy administracji publicznej (w tym przede wszystkim akty prawa miejscowego). Punktem wyjścia dalszych rozważań będzie w tym przypadku treść art. 184 Konstytucji RP, w szczególności zdanie drugie tego przepisu, zgodnie z którym kontrola działalności administracji publicznej sprawowana przez sądy administracyjne obejmuje również orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego oraz aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej⁴⁶. Już wstępna analiza przytoczonego przepisu pozwala dostrzec i wyodrębnić kilka kluczowych problemów, które wymagają dokładniejszego omówienia.

W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje brak wyraźnego wskazania w treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP kwestii objęcia zakresem omawianej kontroli – tak jak zostało to uczynione w przypadku uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej – orzekania przez sądy administracyjne o zgodności z ustawami **zarządzeń organu wykonawczego gminy (wójta, burmistrza, prezydenta miasta)**, które – co warto podkreślić – wyjątkowo mogą mieć również charakter aktów prawa miejscowego⁴⁷. Wątpliwości co do zasadności takiego rozwiązania mogą nasuwać się w szczególności z uwagi na fakt, iż akty te podlegają na mocy przepisów u.s.g. nadzorowi wojewody⁴⁸, a co ważniejsze, mogą one stanowić podstawę wniesienia skargi do sądu administracyjnego⁴⁹, który dokonuje ich oceny w oparciu o kryterium

SN z 17 marca 2016 r., V CSK 377/15, LEX nr 2025769 w zakresie, w jakim stanowi orzecznicze potwierdzenie występowania tzw. klauzuli oczywistej sprzeczności z konstytucją. Przypadek ten został uznany w piśmiennictwie za wyjątkowy o ograniczonej praktycznej doniosłości; zob. J. G. Firlus, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17.03.2016 r., V CSK 377/15 [Dot. klauzuli „oczywistej sprzeczności” z Konstytucją RP jako podstawy dla odmowy zastosowania przepisu ustawowego przez sąd]*, „Jurysta” 2016, nr 12 oraz przywołaną tam literaturę.

⁴⁵ Zob. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, op. cit., s. 41–43.

⁴⁶ Dalsze rozważania ograniczone zostaną przede wszystkim do uchwał organów samorządu terytorialnego.

⁴⁷ Tj. w przypadku przepisów porządkowych i to tylko pod warunkiem, że zaistnieje „przypadek niecierpiący zwłoki”; zob. art. 41 ust. 2–5 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. DzU z 2015 r., poz. 1515 ze zm.), dalej jako: u.s.g. Zob. też: D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007, s. 161.

⁴⁸ Zob. art. 91 u.s.g.

⁴⁹ Zob. art. 101 u.s.g.

legalności⁵⁰. Wydaje się jednak, że powodem, dla którego ustrojodawca nie uwzględnił w treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP tej kategorii aktów organu wykonawczego gminy, był fakt, iż w chwili wejścia w życie Konstytucji RP, tj. 17 października 1997 roku, organ ten miał charakter kolegialny (zarząd gminy), a w związku z tym podejmował on – co do zasady⁵¹ – podobnie jak rada gminy (organ stanowiący gminy), rozstrzygnięcia w drodze uchwał⁵². Tym samym – przyjmując przedstawioną wyżej argumentację – należałoby uznać, iż nie istniała wówczas⁵³ potrzeba wyodrębnienia w treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP możliwości orzekania o zgodności z ustawami zarządzeń organu wykonawczego gminy, jako że rozstrzygnięcia podejmowane w tamtym czasie przez zarząd gminy mieściły się w kategorii „uchwał organów samorządu terytorialnego”. Z tych też powodów wydaje się, że dotychczasowe brzmienie art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP – w zakresie, w jakim nie wskazuje on wprost na możliwość orzekania przez sądy administracyjne o zgodności z ustawami zarządzeń organu wykonawczego gminy – należałoby uznać dziś za niepełne (częściowo nieaktualne) i niedostosowane do charakteru rozstrzygnięć podejmowanych przez monokratyczny organ wykonawczy gminy – wójta (burmistrza, prezydenta miasta)⁵⁴. Niemniej należy zauważyć, że sam fakt pominięcia w treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP zarządzeń organu wykonawczego gminy nie prze-

⁵⁰ Zob. art. 1 § 2 p.u.s.a.

⁵¹ W określonych przypadkach mógł on jednak wydawać zarządzenia. Taką możliwość przewidywał m.in. art. 41 ust. 2–4 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie terytorialnym (tekst jedn. DzU z 1996 nr 13, poz. 74 – dalej jako: u.s.t.) w jej ówczesnym brzmieniu. Warto w tym miejscu podkreślić, że nawet w sytuacji podjęcia przez zarząd gminy rozstrzygnięcia w formie zarządzenia nie podlegało ono nadzorowi przewidzianemu przepisami u.s.t. (art. 90 i n.) ani też nie mogło ono zostać zaskarżone – na mocy art. 101 u.s.t. – do sądu administracyjnego. Dopuszczalność zaskarżenia takiego zarządzenia wynikała jedynie z treści art. 16 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 maja 1995 roku o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (DzU nr 74, poz. 368 ze zm. – uchylona), dalej jako: „ustawa o NSA”.

⁵² Zob. art. 14 u.s.t.

⁵³ Tj. w dacie wejścia w życie Konstytucji RP.

⁵⁴ Na marginesie prowadzonych rozważań warto zasygnalizować, iż organy wykonawcze samorządu terytorialnego (w tym przypadku wszystkich szczebli samorządu terytorialnego) nie mają również legitymacji do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego w ramach procedury abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności prawa sprawowanej przez ten organ władzy sądowniczej, a to wobec jednoznacznego wskazania przez ustrojodawcę, jako podmiotu posiadającego prawo inicjatywy w przedmiocie wniesienia wniosku o zbadanie zgodności z konstytucją aktu normatywnego dotyczącego spraw objętych zakresem ich działania, organów **stanowiących** jednostek samorządu terytorialnego (art. 191 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 191 ust. 2 Konstytucji RP).

sądza jeszcze – jakby się mogło wydawać – o braku możliwości kontroli tych aktów przez sądy administracyjne. Uprawnienie to można wyinterpretować z treści zdania pierwszego przywołanego przepisu⁵⁵, gdzie mowa o tym, że kontrola działalności administracji publicznej odbywa się „w zakresie określonym w ustawie”. Dlatego istotnego znaczenia nabiera w tej sytuacji ustalenie **relacji, jaka zachodzi pomiędzy zdaniem pierwszym a zdaniem drugim art. 184 Konstytucji RP**, w szczególności zaś wskazanie, czy przepisy te wzajemnie się uzupełniają, czy może też zachodzi między nimi stosunek wykluczania. W tym zakresie niezbędne staje się więc przede wszystkim odniesienie do ustaw regulujących sądownictwo administracyjne, tj. p.u.s.a. i p.p.s.a. Dopiero bowiem określenie ram, w jakich sprawowana jest owa kontrola aktów normatywnych stanowionych przez organy administracji publicznej, zwłaszcza aktów prawa miejscowego (druga z wymienionych kategorii aktów), pozwoli odpowiedzieć na pytanie, jaką rolę spełnia zdanie drugie omawianego przepisu Konstytucji RP⁵⁶.

Na wstępie wskazać jednak należy, że przedmiot zaskarżenia nie został w sposób jednolity i całościowy uregulowany przepisami p.p.s.a., a w związku z tym przy jego ustalaniu konieczne będzie każdorazowo odwoływanie się do regulacji zawartych w ustawach szczególnych⁵⁷, tj. u.s.g., ustawie z 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym⁵⁸, ustawie z 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa⁵⁹ oraz ustawie z 23 stycznia 2009 roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie⁶⁰. Stosownie do treści art. 101 ust. 1 u.s.g.⁶¹ każdy, kogo interes prawny lub uprawnienie zostały naru-

⁵⁵ W zw. z art. 3 § 2 pkt 5 i 6 p.p.s.a.

⁵⁶ Zob. przypis nr 22.

⁵⁷ Zob. T. Woś, „Nowa” regulacja postępowania sądowoadministracyjnego w sprawach z zakresu samorządu terytorialnego – odstępstwa od modelu pozostały (część I), „Samorząd Terytorialny” 2007, nr 1–2, s. 18–19; J. Zimmermann, *Z problematyki reformy sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001, s. 796–797; D. Dąbek, *Sądowa kontrola prawa miejscowego w świetle projektowanej reformy sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Polski model sądownictwa administracyjnego*, red. J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz, Lublin 2003, s. 83–85; W. Kisiel, *Legitymacja jednostki do zaskarżania uchwał samorządowych (w orzecznictwie sądów administracyjnych)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2009, nr 3, s. 35.

⁵⁸ Tekst jedn. z 2015 r., poz. 1445 ze zm. (dalej jako: u.s.p.).

⁵⁹ Tekst jedn. z 2015 r., poz. 1392 ze zm. (dalej jako: u.s.w.).

⁶⁰ Tekst jedn. z 2015 r., poz. 525 ze zm. (dalej jako: u.w.a.r.w.).

⁶¹ Analogiczne regulacje znajdują się również w pozostałych wskazanych ustawach szczególnych, z pewnymi właściwymi dla nich odmiennościami (art. 87 ust. 1 u.s.p., art. 90 ust. 1 u.s.w. i art. 63 ust. 1 u.w.a.r.w.). Dlatego też dalsze rozważania czynione w stosunku do u.s.g. będą miały do każdej z nich odpowiednie odniesienie.

szone **uchwałą** lub **zarządzeniem** podjętymi przez organ gminy w **sprawie z zakresu administracji publicznej**, może – po bezskutecznym wezwaniu do usunięcia naruszenia – zaskarżyć uchwałę lub zarządzenie do sądu administracyjnego. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż przepisy ustaw samorządowych określające w taki sposób przedmiot skargi do sądu administracyjnego z uwagi na przyjętą regułę wykładni – *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*⁶² – nie utraciły mocy obowiązującej po wejściu w życie p.p.s.a. i między innymi w tym zakresie będą one miały pierwszeństwo przed postanowieniami p.p.s.a., które w tym przypadku należy stosować jedynie uzupełniająco⁶³. Zgodnie z treścią art. 3 § 2 pkt 5 i 6 p.p.s.a. kontrola działalności administracji publicznej sprawowana przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej⁶⁴ oraz akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków inne niż określone w pkt 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej. Ten widoczny brak zsynchronizowania obu regulacji był krytykowany⁶⁵ już na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy o NSA, która w sposób podobny określała zakres właściwości rzeczowej sądów administracyjnych. Problematyka ta pomimo licznych postulatów przedstawicieli doktryny⁶⁶ nie została jednak ujednolicona przez ustawodawcę wraz z wprowadzaniem dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego⁶⁷.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie ustaw samorządowych oraz u.w.a.r.w. – w ramach drugiej z omawianych grup aktów – można zatem wyodrębnić dwie ogólniejsze kategorie aktów podlegających kontroli sądu administracyjnego, tj. akty organów jednostek samorządu terytorialnego (gmin, powiatów, województw) oraz związków gmin i związków powiatów

⁶² W odniesieniu do u.w.a.r.w. wystarczające będzie zastosowanie innej, bardziej ogólnej reguły wykładni *lex posteriori derogat legi priori*, ponieważ ustawa ta weszła w życie już po p.p.s.a. Zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, op. cit., s. 90.

⁶³ Zob. ibidem, s. 90, 358 oraz M. Bogusz, *Podstawy zaskarżenia i wzruszenia uchwały organu gminy w trybie art. 101 ustawy o samorządzie terytorialnym*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 12, s. 59. Podobnie zob. W. Kisiel, op. cit., s. 34 oraz D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, op. cit., s. 274.

⁶⁴ Na temat pojęcia „terenowy organ administracji rządowej” zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, op. cit., s. 91.

⁶⁵ Zob. T. Woś, op. cit., s. 18.

⁶⁶ Zob. J. Zimmermann, op. cit., s. 797; D. Dąbek, *Sądowa kontrola...*, op. cit., s. 84.

⁶⁷ Zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, op. cit., s. 88–90 oraz D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, op. cit., s. 274.

(w tym przede wszystkim akty prawa miejscowego), jak również akty prawa miejscowego stanowione przez organy administracji rządowej w województwie⁶⁸. Tym samym tak poczynione ustalenia pozwalają już w tym miejscu na uznanie, że określony w art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP przedmiot kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne mieści się w zakresie określonym ustawami szczególnymi na podstawie odesłania zawartego w art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP, podobnie jak miało to miejsce w dacie wejścia w życie Konstytucji RP zgodnie z obowiązującym wówczas stanem prawnym⁶⁹, i w tym zakresie oba wskazane przepisy są ze sobą zbieżne.

Ostatnią istotną kwestią z punktu widzenia prowadzonych rozważań jest odniesienie się do art. 184 zdanie 1 i 2 Konstytucji RP oraz porównanie kryteriów (**wzorców kontroli**), w oparciu o które sądy administracyjne sprawują kontrolę nad wskazanymi powyżej przejawami działalności organów administracji publicznej.

W odniesieniu do przedmiotu zaskarżenia określonego na podstawie art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP kontrola ta – stosownie do treści art. 1 § 2 p.u.s.a. – sprawowana jest pod względem **zgodności z prawem** (kryterium legalności), jeżeli ustawy nie stanowią inaczej⁷⁰. Przez legalność należy w tym przypadku rozumieć zgodność omawianych aktów (organów jednostek samorządu terytorialnego, związków gmin i związków powiatów oraz organów administracji rządowej w województwie) z obowiązującym prawem⁷¹, tj. przede wszystkim⁷² ze źródłami prawa powszechnie obowiązują-

⁶⁸ Zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, op. cit., s. 90–91.

⁶⁹ Zob. art. 16 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy o NSA oraz art. 101 ust. 1 u.s.t.

⁷⁰ Wymaga bowiem podkreślenia, iż art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP nie wskazuje wprost kryterium, na podstawie którego miałyby być sprawowana owa kontrola. Tym samym również i w tym zakresie aktualne pozostaje odwołanie się do regulacji zawartych w ustawie.

⁷¹ Zob. *Prawo o postępowaniu przed sądami...*, op. cit., s. 21–22 oraz M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński, *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 25. Zob. też: E. Plesnarowicz-Durska, *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 21–22.

⁷² W rozumieniu Konstytucji RP źródłami prawa są bowiem – obok źródeł prawa powszechnie obowiązującego – również źródła prawa wewnętrznego. Zob. E. Plesnarowicz-Durska, op. cit., s. 21–22. Na temat szerokiego rozumienia pojęcia prawa zob. też: W. Sokolewicz, op. cit., s. 13. Trzeba podkreślić, iż organy jednostek samorządu terytorialnego nie są związane aktami normatywnymi, które nie mają waloru prawa powszechnie obowiązującego. Dlatego też wydaje się, że w stosunku do tych organów kontrola sądów administracyjnych – podobnie jak ocena dokonywana przez organy nadzoru – powinna ograniczać się jedynie do przepisów prawa **powszechnie** obowiązującego. Szerzej na temat kryterium zgodności z prawem w odniesieniu do organów nadzoru nad organami gminy zob. *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2013, s. 874–875 wraz z przywołaną tam literaturą.

cego określonymi w art. 87 Konstytucji RP, wśród których najwyższą pozycję zajmuje Konstytucja RP⁷³. Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że ze względu na charakter prawny omawianych aktów, zawierających normy generalno-abstrakcyjne, to właśnie owe źródła prawa powszechnie obowiązującego⁷⁴ będą – co do zasady – każdorazowo stanowiły dla sądu administracyjnego wzorce kontroli oceny legalności (konstytucyjności) skarżonego aktu podstawowego (w tym przede wszystkim aktu prawa miejscowego).

W nieco odmienny sposób ustrojodawca określił kryterium opisywanej kontroli w stosunku do aktów wymienionych w art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP, wskazując, iż sądy administracyjne orzekają jedynie o ich **zgodności z ustawami**. Nie jest jednak jasne, czy tak sformułowana kompetencja sądów administracyjnych do orzekania o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej obejmuje swoim zakresem także orzekanie o ich zgodności z Konstytucją RP⁷⁵. Podobnie poglądy przedstawicieli doktryny nie są w tym względzie jednolite⁷⁶. Mimo że Konstytucja RP jest w doktrynie uważana za ustawę, która z uwagi na pewne specyficzne cechy nosi miano „ustawy zasadniczej”⁷⁷, to jednak wymaga podkreślenia, że ustrojodawca w treści przepisów Konstytucji RP wyraźnie wskazuje na odrębność obu kategorii aktów i konsekwentnie posługuje się zwrotem „konstytucja i ustawy”⁷⁸. Tym samym wykładnia literalna przepisu art. 184 zdanie 2 Konstytu-

⁷³ Zob. M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński, op. cit., s. 25–30.

⁷⁴ W odniesieniu do aktów prawa miejscowego stanowionych przez organy jednostek samorządu terytorialnego, związków gmin i związków powiatów oraz organy administracji rządowej w województwie będą to dokładniej źródła prawa powszechnie obowiązującego.

⁷⁴ Zob. A. Mączyński, A. Łyszkowska, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005, s. 30–31.

⁷⁴ Zob. art. 87 ust. 1 Konstytucji RP; zob. też R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, op. cit., s. 40 i 54.

⁷⁵ Zob. A. Mączyński, A. Łyszkowska, op. cit., s. 30–31.

⁷⁶ Zob. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, op. cit., s. 40. Autorzy wskazują, iż kontrola sprawowana przez sądy administracyjne obejmuje „badanie zgodności uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej z Konstytucją, umową międzynarodową, ustawą i rozporządzeniem”. Odmienne zob. R. Hauser, A. Kabat, op. cit., s. 29, którzy podnoszą, iż stosownie „do art. 184 Konstytucji RP Naczelny Sąd Administracyjny orzeka tylko o zgodności wymienionych aktów z ustawami. Natomiast sąd ten nie ocenia konstytucyjności owych aktów”.

⁷⁷ Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 34.

⁷⁸ Zob. A. Mączyński, A. Łyszkowska, op. cit., s. 30–31. Jako przykłady takiego rozróżnienia można wskazać m.in. art. 87 ust. 1, art. 95 ust. 2, art. 126 ust. 3, art. 145 ust. 1, art. 146 ust. 4, art. 148 pkt 6 czy też art. 178 ust. 1 Konstytucji RP.

cji RP – we wskazanym zakresie – nakazywałyby ograniczenie sprawowanej przez sądy administracyjne kontroli tylko do kryterium zgodności ww. aktów z ustawami. To zaś prowadziłoby nieuchronnie do wniosku, iż w stosunku do tej samej kategorii aktów (tego samego przedmiotu kontroli)⁷⁹ równolegle obowiązywałyby dwa odmienne (częściowo wykluczające się) kryteria (wzorcy) kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne – szersze, ustalone na podstawie odesłania zawartego w art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP („zgodność z prawem”⁸⁰), oraz węższe, wynikające wprost z treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP („zgodność z ustawami”). W tym miejscu pojawia się pytanie, które ze wskazanych kryteriów powinno znaleźć zastosowanie do kontroli uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej. Mając bowiem na uwadze wskazane wprost przez ustrojodawcę odrębne kryteria kontroli ww. aktów, jak również wspomnianą powyżej wykładnię literalną art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP, oraz uwzględniając nadrzędną pozycję Konstytucji RP i zawartych w niej uregulowań względem przepisów ustawowych⁸¹, należałoby w stosunku do aktów wyrażnie wymienionych w treści art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP wyłączyć szersze kryterium „zgodności z prawem” przewidziane w art. 1 § 2 p.u.s.a. Niemniej jednak – biorąc pod uwagę rolę, jaką w tym zakresie mają odgrywać sądy administracyjne, oraz charakter prawny ww. aktów – nie wydaje się, aby takie zawężenie kontroli w odniesieniu do tej kategorii aktów było zamysłem (celowym działaniem) ustrojodawcy⁸². Przy takim założeniu, zgodnie z którym w odniesieniu do uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej jedynym wzorcem kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne byłaby ustawa, nie istniałaby w ogóle możliwość poddania abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności tych aktów wobec wyłączenia w tym zakresie kompetencji orzeczniczych TK⁸³. Mając na uwadze powyż-

⁷⁹ Jak zostało powyżej wskazane, określony w art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP przedmiot kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne mieści się w zakresie określonym ustawami szczególnymi na podstawie odesłania zawartego w art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP.

⁸⁰ Zob. art. 1 § 2 p.u.s.a.

⁸¹ W tym przypadku przede wszystkim przepisów p.p.s.a., p.u.s.a., u.s.g., u.s.p., u.s.w. i u.w.a.r.w.

⁸² Na konieczność rozszerzającego rozumienia kryterium „orzekania o zgodności z ustawami” wskazuje K. Działocha (*Komentarz...*, op. cit., s. 13). Autor podaje przy tym, że również pojęcie uchwały organów samorządu terytorialnego, o którym mowa w art. 184 zdanie 2 Konstytucji RP, powinno być interpretowane szeroko, a mianowicie jako „każdy akt organu samorządu terytorialnego bez względu na jego nazwę” (*ibidem*).

⁸³ Zob. L. Garlicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 22. Autor jednoznacznie wskazuje, iż, „określenie «centralne» organy państwowe wyklucza kognicję TK do badania aktów prawa

sze, w celu uniknięcia występujących na tym tle problemów interpretacyjnych wskazane byłoby *de lege ferenda* usunięcie zdania 2 art. 184 Konstytucji RP albo dokonanie w nim odpowiednich zmian redakcyjnych, polegających na zastąpieniu zwrotu „zgodności z ustawami” zwrotem „zgodności z prawem”, co pozwoliłoby ustrojodawcy – w sposób szczególny – już na poziomie Konstytucji zaznaczyć to uprawnienie sądów administracyjnych, uniezależniając je tym samym od mogących ulegać częstszym zmianom zakresu i kryteriów kontroli określonych na podstawie art. 184 zdanie 1 Konstytucji RP (w razie ewentualnej zmiany ustawy), a jednocześnie zagwarantowałyby spójność regulacji w obrębie jednej jednostki redakcyjnej, tj. zdania 1 i 2 art. 184 Konstytucji RP.

III

Ustrojowe oraz proceduralne formy ochrony prymatu Konstytucji RP w porządku prawnym wymagają stworzenia kompleksowego oraz wyczerpującego systemu środków prawnych umożliwiających przeprowadzenie efektywnej kontroli konstytucyjności prawa. Poczynione w niniejszym artykule uwagi zdają się *prima facie* wskazywać na istniejącą systemową lukę, prowadzącą do przełamania zasady wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego do badania konstytucyjności prawa. System środków prawnych uprawniających do wszczęcia postępowania, w wyniku którego zostanie podjęta decyzja walidacyjna zawierająca zwrot stosunkowy o zgodności przepisu aktu prawnego (abstrakcyjno-generalnego) z ustawą zasadniczą, nie narusza jednakże **zasady wyłączności** znanej systemowi środków zaskarżenia⁸⁴.

Zasadniczo ustrojodawca, kreując zakres przedmiotowy jurysdykcji sądu konstytucyjnego oraz sądownictwa administracyjnego, uwzględnił fakt, że pewna kategoria aktów prawnych, zwanych również „ustawami w znaczeniu materialnym”, będzie podlegała na zasadzie monopolu kontroli przez wyspecjalizowany pion sądownictwa. Założenie to zdaje się uzasadnione jedynie przy przyjęciu prawidłowości tezy prowadzącej do wzbogacenia

miejscowego, niezależnie, czy wydanych przez organy samorządu terytorialnego, czy przez terenowe organy administracji rządowej”.

⁸⁴ Znana procesowemu prawodawstwu zasada wyłączności ma zapobiegać zbiegom środków umożliwiających osiągnięcie tożsamyh (zbieżnych) celów w toku instancji sądowych. Zob. na temat zasady wyłączności T. Ereciński, *Wprowadzenie do zaskarżania orzeczeń w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, *System prawa procesowego cywilnego*, t. III, cz. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2013, s. 82–83. *Mutatis mutandis* można ową zasadę recypować na grunt prowadzonych rozważań.

wzorca kontroli dokonywanej przez sądy administracyjne – w omawianym przypadku – o normy Konstytucji RP. W przeciwnym razie doniosła społecznie kategoria aktów normatywnych pozostawałaby poza kontrolą z punktu widzenia zgodności z ustawą zasadniczą.

CONSTITUTIONAL REVIEW OF THE ENACTMENTS OF LOCAL LAW IN POLAND – EXCEPTION OR EXAMPLE OF THE ‘IN CONCRETO’ CONSTITUTIONAL REVIEW CONDUCTED BY COURTS?

ABSTRACT

Polish constitution has adopted so-called ‘continental’ (‘centralized’) model of the constitutional review; as a result of which the Constitutional Tribunal was erected. This is to say most of constitutional matters fulfill with scope of Tribunal’s competency; yet one could say that we are facing the lacuna between administrative courts’ jurisdiction exercised under the Article 184 of Constitution of the Republic of Poland and Tribunal competencies. This is valid particularly in case of constitutional review of the enactments of local law. Lack of coherence within legal and constitutional provisions on the one hand and on the other wide scope of control over the performance of public administration exercised by administrative courts cause enormous interpretation issues.

KEYWORDS

constitutional review, enactments of local law, administrative courts

BIBLIOGRAFIA

1. Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011.
2. Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010.
3. Bator A., *Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa – w związku z art. 8 Konstytucji RP*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, red. A. Bator, Wrocław 1999.
4. Błaś A., *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998.
5. Bogusz M., *Podstawy zaskarżenia i wzruszenia uchwały organu gminy w trybie art. 101 ustawy o samorządzie terytorialnym*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 12.
6. Complak K., *Komentarz do art. 8 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998.
7. Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003.
8. Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007.
9. Dąbek D., *Sądowa kontrola prawa miejscowego w świetle projektowanej reformy sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Polski model sądownictwa administracyjnego*, red. J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz, Lublin 2003.

10. Działocha K., *Komentarz do art. 87 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 1999.
11. Działocha K., *Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP*, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji RP*, red. A. Preisner, T. Zalański, Wrocław 2005.
12. Ereciński T., *Wprowadzenie do zaskarżania orzeczeń w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, *System prawa procesowego cywilnego*, t. III, cz. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2013.
13. Firlus J. G., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17.03.2016 r., V CSK 377/15 [Dot. klauzuli "oczywistej sprzeczności" z Konstytucją RP jako podstawy dla odmowy zastosowania przepisu ustawowego przez sąd]*, „Jurysta” 2016, nr 12.
14. Garlicki L., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji. Wprowadzenie do dyskusji*, [w:] *Konferencja naukowa. Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999.
15. Garlicki L., *Komentarz do art. 178 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
16. Garlicki L., *Komentarz do art. 188 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
17. Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006.
18. Garlicki L., *Sądowa ochrona konstytucji we współczesnym państwie kapitalistycznym – Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Kontrola konstytucyjności prawa*, red. M. Granat, R. Mojak, J. Sobczyk, Lublin 1987.
19. Granat M., *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2003.
20. Hauser R., Drachal J., Mzyk E., *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne*, Warszawa–Zielona Góra 2003.
21. Hauser R., Kabat A., *Pytanie prawne jako procedura kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1.
22. Hauser R., Trzciński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010.
23. Jasiński M., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy powszechne*, „Gdańskie Studia Prawnicze – przegląd orzecznictwa” 2005, nr 4.
24. Kabat A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005.
25. Kabat A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w orzecznictwie sądów administracyjnych – uwarunkowania ustrojowe i aspekt orzeczniczy*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 2.
26. Kabat A., *Pytanie prawne w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996.
27. Kisiel W., *Legitymacja jednostki do zaskarżania uchwał samorządowych (w orzecznictwie sądów administracyjnych)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2009, nr 3.
28. Kolasieński K., *Abstrakcyjna i konkretna kontrola aktów normatywnych w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego rozstrzygających pytania prawne*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996.
29. Kubas S., *Judicial review – geneza i rozwój*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, red. P. Czarny, Kraków 2004.

30. Masternak-Kubiak M., Kuczyński T., *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2009.
31. Mączyński A., Łyszkowska A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005.
32. Mikuli P., *W sprawie ewentualnej możliwości kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy (uwagi związane z art. 8 ust. 2, 178 ust. 1 oraz art. 193 Konstytucji RP z 1997 r. na tle porównawczym)*, [w:] *Szkice o zasadach i instytucjach ustrojowych II i III Rzeczypospolitej*, red. J. Czajkowski, M. Grzybowski, Kraków 2002.
33. Mikuli P., *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.
34. Plesnarowicz-Durska E., *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2013.
35. *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
36. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2012.
37. Rousseau D., *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, Warszawa 1999.
38. Siemieński F., *Podstawowa funkcja Trybunału Konstytucyjnego w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucyjny ustrój państwa: księga jubileuszowa profesora Wiesława Skrzydły*, red. T. Bojarski, E. Gdulewicz, J. Szreniawski, Lublin 2000.
39. Skalmowski P., *Granice między wykładnią prokonstytucyjną a bezpośrednim stosowaniem przepisów Konstytucji – uwagi na tle uchwały Izby Gospodarczej NSA z 22 czerwca 2011 r.*, „Palestra” 2013, nr 3–4.
40. Sokolewicz W., *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2007.
41. Trzciński J., Wiącek M., *Komentarz do art. 193 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2007.
42. Tuleja P., *Prawo do sądu i skarga konstytucyjna jako konstytucyjne środki ochrony praw człowieka*, [w:] *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, red. E. Dynia, C. P. Kłak, Rzeszów 2005.
43. Tuleja P., *Stosowanie konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.
44. *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2013.
45. Wasilewski A., *Władza sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 7.
46. Wilbrandt-Gotowicz M.B., *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowniczo-administracyjnych*, Warszawa 2010.
47. Woś T., „Nowa” regulacja postępowania sądowniczo-administracyjnego w sprawach z zakresu samorządu terytorialnego – odstępstwa od modelu pozostały (część I), „Samorząd Terytorialny” 2007, nr 1–2.
48. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
49. Zieliński A., *Rzecznikowski sposób patrzenia na prawo*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
50. Zimmermann J., *Z problematyki reformy sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001.

PIOTR RYBICKI

KRAJOWA SZKOŁA SĄDOWNICTWA I PROKURATURY
E-MAIL: PIOTRPAWELRYBICKI92@GMAIL.COM

Problem zgodności z Konstytucją RP regulacji umożliwiającej zrzeczenie się immunitetu przez sędziego popełniającego wykroczenie drogowe

STRESZCZENIE

Piśmiennictwo i judykatura, poddając głębszej analizie instytucję immunitetu sędziowskiego, wskazują na szereg założeń i zadań, które leżą u jego podstaw. *Ratio legis* istnienia przedmiotowego immunitetu opiera się nie tylko na konieczności ochrony zasady podziału władz, niezależności sądów, niezawisłości sędziowskiej, ale również na zabezpieczeniu realizacji prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do sądu. Warto w tym miejscu kategorycznie podkreślić, iż immunitet sędziowski nie służy konkretnemu sędziemu, ale jest mechanizmem powołanym dla dobra całego społeczeństwa oraz wymiaru sprawiedliwości. W tym kontekście należy badać treść regulacji wprowadzonych do prawa o ustroju sądów powszechnych, która umożliwia sędziemu sprawcy wykroczenia drogowego zrzeczenie się immunitetu sędziowskiego, przyjęcie mandatu oraz uniknięcie odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 81 § 2 i 3 p.u.s.p.). Założenia kryjące się za taką decyzją ustawodawcy, jakkolwiek słuszne i uwzględniające głosy środowiska sędziowskiego o nadmiernej surowości sankcji dyscyplinarnych w takich sytuacjach, wywołują wątpliwości co do zgodności z art. 32 oraz art. 181 Konstytucji RP. Powyższe przepisy prawa o ustroju sądów powszechnych należy uznać za niekonstytucyjne oraz poddać niezwłocznej derogacji lub modyfikacji. Jako pierwszy zarzut wskazać można fakt, iż w świetle art. 181 Konstytucji RP immunitet sędziowski nie jest atrybutem, przymiotem piastuna wymiaru sprawiedliwości, w związku z tym nie on jest jego dysponentem. Wobec takiego założenia sędzia nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o zrzeczeniu się ochrony immunitetowej. Taką decyzję może podjąć wyłącznie sąd dyscyplinarny jako strażnik interesu wymiaru sprawiedliwości oraz trzeciej władzy. Stosowny wniosek konkretnego sędziego należy rozpatrywać w kategorii niewiążącego stanowiska. Po drugie, wprowadzenie takiego przepisu wyłącznie do prawa o ustroju sądów powszechnych i pośrednio poprzez odpowiednie stosowanie do prawa o ustroju sądów administracyjnych powoduje, że regulacja jest niekonstytucyjna również w oparciu o wzorzec przewidziany w art. 32 Konstytucji, a więc zasadę równości. Pominięcie sędziów sądów wojskowych, sędziów Sądu Najwyższego oraz Na-

czelnego Sądu Administracyjnego prowadzi do nieuzasadnionego różnicowania sytuacji prawnej podmiotów cechujących się w świetle Konstytucji jednakowym i jednolitym statusem sędziego.

SŁOWA KLUCZOWE

sędzia, immunitet sędziowski, wykroczenie drogowe, zrzeczenie się immunitetu

Wstęp

Immunitet sędziowski, który immanentnie wiąże się ze statusem i pozycją ustrojową sędziego, jest jednym z najbardziej zakorzenionych immunitetów w polskim porządku prawnym¹. Jego obecność w systemie prawa uzasadnia się potrzebą zapewnienia koniecznej dla sprawowania funkcji piastuna wymiaru sprawiedliwości niezawisłości sędziowskiej. Immunitet jest zdaniem przedstawicieli doktryny jedną z najważniejszych gwarancji tej zasady o charakterze formalnym oraz ustrojowym². Jak wskazuje Barbara Janusz-Pohl, ochrona gwarantowana przez immunitet sędziowski jest trójstopniowa³. Autorka wyjaśnia, że

[...] na ochronę tę składa się norma zakazująca pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego, norma zakazująca pozbawienia go wolności bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego (przywilej nietykalności osobistej) oraz norma zakazująca pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej za wykroczenie⁴.

Wyrażnie widać, iż sędziom przysługuje immunitet względny w odniesieniu do przestępstw oraz bezwzględny w zakresie odpowiedzialności za popełnione wykroczenia⁵.

¹ B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009, s. 17.

² B. Naleziński, *Organy władzy sądowniczej*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 386; M. Rogalski, *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000, s. 49; T. Grabowski, *Ustrojowe gwarancje niezawisłości sądów*, „Palestra” 1990, z. 1, s. 1; W. Michalski, *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 108; L. Schaff, *W sprawie immunitetu sędziowskiego*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 3, s. 1062.

³ B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 145; idem, *Immunitet sędziowski sędziów sądów powszechnych*, [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman et al., Warszawa 2008, s. 129.

⁴ Idem, *Immunitety...*, op. cit., s. 145.

⁵ Ibidem.

Ostatni z wymienionych wycinków ochrony immunitetowej przysługującej sędziom stanowić będzie główny przedmiot dalszych rozważań⁶. Takie określenie zakresu badawczego uzasadnione jest z jednej strony brakiem literatury na ten temat, z drugiej zaś zmianą normatywną dokonaną przez ustawę z dnia 10 lipca 2015 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁷, która weszła w życie 19 września 2015 roku. Powołana ustawa zapewniła sędziom możliwość zrzeczenia się immunitetu sędziowskiego w sytuacji popełnienia enumeratywnie wymienionych wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Zagwarantowanie sędziom możliwości *de facto* wyboru rodzaju ponoszonej odpowiedzialności budzi wątpliwości natury konstytucyjnej oraz rodzi pytanie o zgodność takich przepisów z wzorcami konstytucyjnymi przewidzianymi w art. 32 i 181 ustawy zasadniczej. Celem dalszych rozważań jest dokonanie wykładni powyższych przepisów i kompleksowa prezentacja uwarunkowań z nich wypływających. Uzyskany w ten sposób wzorzec normatywny stanowić będzie punkt wyjścia do wartościowania przepisów znowelizowanych ustawą z dnia 10 lipca 2015 roku. Finalnie pozwoli to na zajęcie stanowiska, czy wzmiankowana zmiana, odnosząca się do bezwzględnego immunitetu sędziowskiego w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia, wpisuje się w standardy wypływające z art. 32 i 181 Konstytucji RP, czy też wymaga ponownej ingerencji ustawodawcy.

Uwarunkowania wynikające z art. 32 Konstytucji RP

Odpowiedź na pytanie o konstytucyjność zmian dotyczących ochrony immunitetowej przysługującej sędziom, dokonanych ustawą z dnia 10 lipca 2015 roku, wymaga w pierwszej kolejności przedstawienia wykładni relewantnych norm konstytucyjnych, służących za wzorce normatywne dalszego wartościowania. W tym miejscu uwaga zostanie skoncentrowana na uwarunkowaniach wypływających z art. 32 Konstytucji RP, z którego dekodowana jest zasada równości wobec prawa. Z uwagi na fakt, iż zasada ta nie odnosi

⁶ Artykuł jest rozwinięciem jednej z tez zawartych przez autora w pracy magisterskiej pod tytułem *Immunitet sędziowski w polskim postępowaniu karnym*, obronionej 28 kwietnia 2016 roku w Katedrze Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego (promotor dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka).

⁷ DzU 2015, poz. 1309.

się w sposób bezpośredni do instytucji immunitetu sędziowskiego, a jedynie posiłkowo powoływana będzie w toku dalszych wywodów, komentarz ograniczony zostanie wyłącznie do najbardziej rudymenatarnych aspektów.

Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu:

1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

Odnosnie do ust. 1 cytowanego przepisu Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 marca 2017 roku, sygn. akt Kp 1/17⁸, wskazał, iż:

[...] z zasady równości wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej kategorii. Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Wynika stąd w szczególności, że prawodawca, przyznając jednostkom określone uprawnienia, nie może określać kręgu osób uprawnionych w sposób dowolny. Musi przyznać dane uprawnienie wszystkim podmiotom charakteryzującym się daną cechą istotną. Równość wobec prawa oznacza także zasadność wyboru takiego, a nie innego kryterium różnicowania. Oceniając regulację prawną z punktu widzenia zasady równości, należy przede wszystkim rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, wziąwszy pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej⁹.

Natomiast sposób wykładni ust. 2 analizowanego artykułu trafnie oddaje fragment uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 roku w sprawie o sygnaturze akt K 63/07, w którym stwierdza się, iż

[...] zakaz dyskryminacji wynikający z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP nie jest tożsamy z zakazem różnicowania sytuacji podmiotów prawa. Jest to natomiast zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania sytuacji podobnych podmiotów prawa w procesie stanowienia oraz stosowania prawa. Dyskryminacja oznacza zatem nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy zróżnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych¹⁰.

⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 marca 2017 r., Kp 1/17, OTK-A 2017, poz. 28.

⁹ Takie rozumienie zaprezentowane jest również w dalszych powołanych tam judykatach: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2016 r., sygn. akt SK 40/14, OTK ZU A 2016, poz. 57 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 października 1998 r., sygn. akt K 7/98, OTK ZU 1998, nr 6, poz. 96.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., K 63/07, OTK-A 2010, nr 6, poz. 60.

W świetle przytoczonych wywodów badanie zgodności z art. 32 Konstytucji RP poszczególnych regulacji zawartych w aktach niższego rzędu różnicujących sytuację prawną pewnych grup podmiotów sprowadza się do trójstopniowego procesu myślowego. W przeprowadzanym wnioskowaniu należy określić kategorię podmiotów, do których adresowane są dane normy prawne, wyznaczyć charakteryzującą tę kategorię *differentia specifica* oraz rozważyć, czy owa odrębność daje się uzasadnić względami funkcjonalnymi lub systemowymi. Odstępstwa od analizowanej zasady, jakkolwiek możliwe, powinny być wprowadzane przez ustawodawcę z najwyższą ostrożnością. Jak zauważa Bogusław Banaszak: „wszelkie [...] odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w kryteriach racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości dokonywania takich zróżnicowań”¹¹.

Instytucja immunitetu sędziowskiego w ujęciu konstytucyjnym

Immunitet sędziowski jest instytucją o randze konstytucyjnej. Zawarty został w art. 181 obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹², co zdaniem Lecha Garlickiego było wyrazem dążenia do szerokiego konstytucyjnego unormowania statusu sędziów¹³. Wzmiankowany artykuł brzmi następująco:

Sędzia nie może być, bez uprzedniej zgody sądu określonego w ustawie, pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Sędzia nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się prezesa właściwego miejscowo sądu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego¹⁴.

Normę dekodowaną z powyższego uregulowania należy odczytywać w powiązaniu z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, który głosi, że wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej stanowią Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Jak wynika z treści powołanych przepisów, ustrojodawca nie dokonuje żadnego rozróżnienia pośród desygnatów nazwy sędziego. Stąd immunitet sędziowski przysługuje sędziom

¹¹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 184.

¹² DzU 1997, nr 78, poz. 483, z późn. zm.

¹³ L. Garlicki, *Komentarz do art. 181*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2.

¹⁴ DzU 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

wszystkich sądów jako osobom posiadającym konstytucyjne umocowanie do wymierzania sprawiedliwości¹⁵.

W doktrynie podkreśla się, iż podstawowym przepisem dla wyznaczenia zakresu przedmiotowego oraz podmiotowego immunitetu sędziowskiego jest artykuł 181 Konstytucji RP¹⁶. Nie wyczerpuje on jednak wszystkich zagadnień związanych z omawianą instytucją, dlatego też pewne kwestie, takie jak procedura jego uchylenia¹⁷, muszą zostać skonkretyzowane oraz doprecyzowane w aktach hierarchicznie niższych. Szczegółowe przedstawienie treści i zakresu regulacji zapewniających piastunom wymiaru sprawiedliwości ochronę immunitetową na poziomie ustawodawstwa zwykłego zostanie dokonane w dalszej części niniejszych wywodów.

Powracając na płaszczyznę konstytucyjną, jeszcze raz należy podkreślić, iż fundamentalne znaczenie dla dokonywanej analizy ma art. 181 Konstytucji RP¹⁸. Charakter tego przepisu znajduje odzwierciedlenie w stanowiskach wyrażanych w piśmiennictwie, gdzie w kontekście ukształtowania całej instytucji immunitetu sędziowskiego określa się go mianem „przepisu zrębowego”¹⁹.

Powyższa jednostka normatywna, bezpośrednio regulując instytucję immunitetu sędziowskiego w Konstytucji, stanowi wzorzec, z którym musi być zgodna treść ustaw zwykłych dotyczących tego samego zagadnienia. Gwoli przypomnienia, art. 181 Konstytucji RP ustanawia omawiany immunitet jako zakaz pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sędziego lub pozbawienia go wolności bez uprzedniej zgody sądu określonego w ustawie, przy czym zgodnie z niebudzącym wątpliwości stanowiskiem doktryny i orzecznictwa odpowiedzialność karna obejmuje również odpowiedzialność za wykroczenia²⁰.

¹⁵ K. Marszał, *Immunitet sędziowski w procesie karnym*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2004, t. 5, s. 35.

¹⁶ B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 137–138.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Idem, *Immunitet sędziowski...*, op. cit., s. 128; idem, *Immunitety...*, op. cit., s. 140.

¹⁹ Ibidem, s. 141.

²⁰ J. Mordwiłko, *Opinia prawna w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy umożliwienie wymienionym w druku nr 1195 podmiotom zrzeczenia się immunitetu w przypadku popełnienia wykroczenia można zastosować także do sędziów*, Warszawa 2013; S. Giderewicz, *Opinia do ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, Warszawa 2015; P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie poprawki do projektu ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze, usta-*

Wykładnia przywołanego wzorca konstytucyjnego wymaga szczegółowego przedstawienia powodów i założeń, którymi kierował się ustrojodawca, gwarantując w ustawie zasadniczej ochronę immunitetową sędziów. Należy w tym miejscu przywołać pogląd Barbary Nity-Świątłowskiej²¹, która dokonała wyczerpującej analizy *ratio* instytucji immunitetu sędziowskiego, opierając swoje wywody na uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 listopada 2007 roku w sprawie o sygnaturze akt K 39/07²², gdzie przedmiotowa kwestia została szeroko potraktowana.

Po pierwsze, Trybunał Konstytucyjny wywodzi konieczność istnienia immunitetu sędziowskiego z obowiązywania zasady podziału władz, którą ma gwarantować i chronić²³. W literaturze podkreśla się, że powyższa zasada zakłada wyodrębnienie i oddzielenie od siebie organów władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej oraz wyposażenie ich w stosowne mechanizmy kontrolujące oraz powstrzymujące oddziaływania każdej z nich na siebie nawzajem²⁴. Szczególnego znaczenia nabiera to w odniesieniu do pozycji ostatniej z wymienionych władz, której istotą jest separacja i niezależność sądownictwa od pozostałych części składowych aparatu państwa²⁵. Wynika to z faktu, że wymiar sprawiedliwości, a więc rozstrzyganie o prawach i obowiązkach jednostek zgodnie z Konstytucją RP, mogą sprawować wyłącznie sądy²⁶. Waga zasady podziału władz jest niezwykle doniosła, gdyż jej poprawne przeprowadzenie i przestrzeganie warunkuje poszanowanie praw i wolności obywatelskich oraz wartości demokratycznego państwa prawnego²⁷. Interesujący pogląd wyraził na ten temat Aleksander Ratajczak, który stwierdził, że wyodrębnienie sądownictwa spośród innych organów

wy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka, Warszawa 2015; L. Garlicki, *Komentarz do art. 105, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa, wyd. ciągłe, s. 9; idem, *Komentarz do art. 196, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, op. cit., s. 2; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008, s. 3.

²¹ B. Nita-Świątłowska, *Immunitet sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 4: *Dopuszczalność procesu*, red. P. Hofmański, Warszawa 2015, s. 773–777.

²² OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

²³ B. Nita-Świątłowska, op. cit., s. 774; por. B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 66.

²⁴ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 68.

²⁵ Ibidem, s. 74.

²⁶ Ibidem.

²⁷ P. Sarnecki, *Ogólna charakterystyka państwowości w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 82.

władzy w państwie jest prymarnym warunkiem istnienia swobód obywatelskich²⁸. Swoją tezę argumentował, powołując się na prawidłowość historyczną, głoszącą, iż „połączenie władzy sądowej z ustawodawczą może prowadzić i często prowadzi do podejmowania przez sądy decyzji arbitralnych, samowolnych, narzucania swojego zdania pozostałym władzom. Połączenie z kolei władzy sądowej z wykonawczą może powodować, że sądy będą reprezentować przede wszystkim interesy tych, którzy władzę sprawują”²⁹.

Z zasadą niezależności sądów ściśle związana jest zasada niezawisłości sędziowskiej. Ta druga dotyczy osoby sędziego, podczas gdy pierwsza odnosi się do sądownictwa ujmowanego jako organizacyjna całość³⁰. Doktryna wypracowała wiele propozycji definicyjnych niezawisłości sędziowskiej³¹. Dla celów niniejszych rozważań wystarczające będzie przytoczenie jednej z nich, autorstwa Andrzeja Murzynowskiego i Adama Zielińskiego, którzy powyższe pojęcie rozumieją jako bezstronność w stosunku do przedmiotu sprawy i uczestników postępowania, niezależność od instytucji pozasądowych, samodzielność wobec innych organów sądowych oraz uniezależnienie od wpływu czynników społecznych przez niezawisłość wewnętrzną³². Sędzia, orzekając w konkretnej sprawie, powinien być zabezpieczony przed naciskami ze strony czynników zewnętrznych³³, aby podjąć swobodną decyzję na podstawie obowiązujących ustaw oraz własnego przekonania. W żadnym wypadku decyzja ta nie może być warunkowana obawą lub presją, iż po jej podjęciu sędziego, który nie podporządkował się naciskom, mogą spotkać negatywne konsekwencje³⁴.

W piśmiennictwie podkreśla się, że prawidłowe urzeczywistnienie omawianych powyżej zasad niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów wymaga wprowadzenia do systemu prawnego pewnych gwarancji, umożliwiających ich rzeczywistą i efektywną realizację³⁵. Przedstawiciele doktryny są zgodni i jednomyślni, że jedną z takich ustrojowych gwarancji (o charakterze pośrednim oraz formalnym³⁶) jest immunitet sędziowski. Pojawiają się

²⁸ A. Ratajczak, *Niezawisłość sędziów i niezależność sądów*, „Jurysta” 1993, nr 1, s. 7.

²⁹ Ibidem.

³⁰ B. Naleziński, op. cit., s. 386.

³¹ M. Rogalski, op. cit., s. 33–35. Autor dokonuje ich przeglądu opatrzonego własnym komentarzem.

³² A. Murzynowski, A. Zieliński, *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 9, s. 5.

³³ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 345.

³⁴ M. Rogalski, op. cit., s. 49.

³⁵ B. Naleziński, op. cit., s. 386; M. Rogalski, op. cit., s. 49; T. Grabowski, op. cit., s. 1; W. Michalski, op. cit., s. 108.

³⁶ M. Rogalski, op. cit., s. 49.

również głosy, że stanowi on jedno z zabezpieczeń najważniejszych³⁷. Gwoli przypomnienia, wyraża on zakaz pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności karnej lub pozbawienia wolności bez uprzedniej zgody sądu dyscyplinarnego. Jego celem jest zatem ochrona sędziego przed jedną z postaci możliwego nacisku wywieranego przez podmioty zewnętrzne, mianowicie za pomocą środków przewidzianych w postępowaniu karnym³⁸. Podmiotami inspirowanymi takie działania mogą być zarówno przedstawiciele organów ścigania, członkowie większości parlamentarnej, jak i osoby prywatne dążące do zemsty lub odsunięcia od orzekania niewygodnego sędziego³⁹. Immunitet sędziowski ma gwarantować sędziemu niezbędną swobodę w orzekaniu, uniemożliwić wywarcie na niego presji poprzez wszczynanie postępowań karnych opartych na fikcyjnych, sfabrykowanych, niedostatecznie umotywowanych zarzutach lub poprzez stosowanie środków przymusu bez potrzeby i konieczności⁴⁰. W doktrynie wyrażono pogląd, iż wywieranie wpływu w ten sposób jest szczególnie łatwe, gdyż wiąże się ze znacznymi dolegliwościami dla sędziego nawet w przypadku jego późniejszego uniewinnienia⁴¹. W związku z tym jest on szczególnie podatny na rozstrzygnięcie sprawy w pożądanym przez grupy nacisku kierunku, stając w obliczu groźby poważnej ingerencji w swoje konstytucyjne prawa i wolności. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że już samo wszczęcie postępowania incydentalnego w przedmiocie udzielenia zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności lub pozbawienie sędziego wolności szkodzi jego reputacji, podaje w wątpliwość jego bezstronność, a ponadto narusza dobre imię oraz wizerunek sądu⁴².

Stanowczego podkreślenia wymaga fakt, iż działanie immunitetu sędziowskiego nie może prowadzić do bezkarności jego beneficjenta odnośnie do czynów, które faktycznie zostały popełnione⁴³. Postępowanie w przedmiocie

³⁷ L. Schaff, op. cit., s. 1062.

³⁸ M. Rogalski, op. cit., s. 79; J. R. Kubiak, J. Kubiak, *Immunitet sędziowski*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 11, s. 4.

³⁹ J. Waszczyński, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Łódź 1971, s. 67.

⁴⁰ W. Michalski, op. cit., s. 110–111; *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, Warszawa 2009, s. 289; K. Marszał, op. cit., s. 34.

⁴¹ S. Włodyka, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w PRL*, Warszawa 1963, s. 71–72.

⁴² S. Dąbrowski, A. Łazarska, *Komentarz do art. 80 Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, red. A. Górski, Warszawa 2013, s. 380.

⁴³ J. R. Kubiak, J. Kubiak, op. cit., s. 4; M. Rogalski, op. cit., s. 82; B. Nita-Świątłowska, op. cit., s. 773; L. Garlicki, *Komentarz do art. 181...*, op. cit., s. 2.

wniosku o udzielenie zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności lub pozbawienie wolności przez sąd dyscyplinarny musi być ukształtowane w taki sposób, aby zagwarantować ochronę sędziego przed szykanami, a z drugiej strony umożliwić prawną kontrolę jego działań i zaniechań⁴⁴. Powyższą konstatację najlepiej oddaje stwierdzenie Kazimierza Marszała, iż:

[...] ustawodawca wprowadza immunitet sędziowski jako swoisty filtr, oddzielający potrzebę ścigania sędziego za rzeczywiście popełniony czyn karalny od nękania go niezasadnymi podejrzeniami i bezzasadnym wszczynaniem postępowania karnego lub karno-administracyjnego. Immunitet jednak nie może być parawanem skrywającym sędziego przed odpowiedzialnością za czyny rzeczywiście popełnione⁴⁵.

Dominujące stanowisko, że immunitet sędziowski jest gwarancją niezależności sądów i niezawisłości sędziów, podtrzymał również Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu przywoływanego już wyroku z 28 listopada 2007 roku⁴⁶. Jednakże nacisk został położony na kluczową rolę, jaką omawiana instytucja odgrywa w zabezpieczeniu prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości jako całości poprzez minimalizację oddziaływania czynników zewnętrznych⁴⁷. Trybunał słusznie przyjął, iż podstawowym celem istnienia immunitetu sędziowskiego jest niezbędna wymiarowi sprawiedliwości stabilizacja oraz nieuleganie wpływom i naciskom przedstawicieli pozostałych władz lub osób trzecich⁴⁸. Z tak rozumianego wiodącego celu pośrednio, stanowiąc jedynie subiektywny refleks immunitetu, wypływa konieczna ochrona, która musi zostać udzielona konkretnym sędziom, rozstrzygającym spory prawne w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁹. Jest to zatem instytucja o dwoistym charakterze, której podstawowe zadanie wiąże się z zabezpieczeniem niezależności wymiaru sprawiedliwości, a ochrona konstytucyjnych praw i wolności osoby sędziego następuje niejako pośrednio, będąc warunkiem koniecznym założenia pierwszego⁵⁰. Stąd całkowicie uzasadnione jest traktowanie immunitetu jako instytucji ustrojowej o konotacjach publicznoprawnych, a nie prawa podmiotowego, które uprzywilejowuje sędziów⁵¹.

⁴⁴ B. Nita, *Uchylenie immunitetu sędziowskiego (aspekty konstytucyjne)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 7, s. 44.

⁴⁵ K. Marszał, op. cit., s. 35.

⁴⁶ B. Nita-Świątłowska, op. cit., s. 775.

⁴⁷ Ibidem, s. 774.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem; B. Nita, op. cit., s. 44.

⁵⁰ B. Nita-Świątłowska, op. cit., s. 774; B. Nita, op. cit., s. 37.

⁵¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 181...*, op. cit., s. 5; J. R. Kubiak, J. Kubiak, op. cit., s. 3.

Podzielić należy stanowisko TK głoszące, iż głównym beneficjentem obecności immunitetu sędziowskiego w polskim systemie prawnym jest ogół społeczeństwa⁵². Dzięki temu immunitetowi, stanowiącemu gwarancję niezależności sądów, społeczeństwo zyskuje wolną od zewnętrznych nacisków i oddziaływań arenę, forum dochodzenia swoich praw i obrony interesów. Zapewnienie możliwości takiego klimatu rozstrzygania sporów jest rudymenarną cechą każdego demokratycznego państwa prawa⁵³.

Poszukując dalszych uzasadnień obowiązywania immunitetu sędziowskiego, wskazać można, iż służy on realizacji zasady prawa do rzetelnego procesu⁵⁴, która statuowana jest w art. 45 ust. 1 obecnie obowiązującej Konstytucji RP. Istotą tej zasady jest zagwarantowanie każdej jednostce prawa do poddania pod rozstrzygnięcie sądu swojej sprawy. Powyższy rdzeń opatrzonej został szeregiem zastrzeżeń i wymogów jakościowych, dotyczących organu uprawnionego do orzekania⁵⁵. Zgodnie z tekstem normatywnym organem tym powinien być sąd, który jest właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły. Dobrosława Szumiło-Kulczycka trafnie zwróciła uwagę, że do wypełnienia wymogów wypływających z zasady prawa do rzetelnego procesu nie wystarczy sam fakt, iż o przedmiocie sporu orzekł organ będący sądem. O realizacji analizowanej zasady możemy mówić dopiero wówczas, gdy sprawę rozstrzygnął sąd charakteryzujący się wszystkimi wymienionymi cechami⁵⁶. Te krótkie rozważania łączą się ze wzmiankowaną wcześniej konstatacją, jakoby immunitet sędziowski ustanowiony był w głównej mierze dla społeczeństwa. Wydaje się, że łatwiej teraz uchwycić pełniejszy jej sens. *Prima facie* instytucja immunitetu sędziowskiego jest korzystna dla piastunów wymiaru sprawiedliwości. Gwarantuje im swobodne wykonywanie funkcji i chroni przed próbami zastraszenia środkami przewidzianymi w postępowaniu karnym. Niemniej jednak immunitet stanowi równocześnie gwarancję niezależności sądów i niezawisłości sędziów, co ma fundamentalne znaczenie dla ogółu jednostek z punktu widzenia wy-

⁵² Pogląd został przedstawiony w: B. Nita-Światłowska, op. cit., s. 774.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem, s. 776. Autorka wskazuje, że ten aspekt poruszany był również w analizowanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego; A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 229; B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 67; *Prawo o ustroju...*, op. cit., s. 290; S. Dąbrowski, A. Łazarska, op. cit., s. 378; P. Tuleja, *Konstytucyjne gwarancje praw jednostki*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 169.

⁵⁵ D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo do sądu właściwego w polskim procesie karnym i gwarancje jego realizacji*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska et al., Warszawa 2000, s. 247.

⁵⁶ Ibidem.

rażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawa do rzetelnego procesu. Niezależność i niezawisłość są warunkami koniecznymi realizacji tego prawa. *A contrario* gdyby te przymioty nie zostały wystarczająco zagwarantowane i zachowane, nie mogłoby być mowy o tym, że sprawa jednostki została rozstrzygnięta sprawiedliwie i rzetelnie.

Aksjologiczne uzasadnienie oraz cel, któremu ma służyć instytucja immunitetu sędziowskiego, wpływają bezpośrednio na sposób wykładni art. 181 Konstytucji RP, a co za tym idzie wyznaczają dyrektywy interpretacyjne i wskazania dla ustawodawcy zwykłego w procesie konkretyzacji ochrony immunitetowej przysługującej sędziom na poziomie aktów niższego rzędu. Z punktu widzenia przedmiotu dalszych rozważań relewantne będą dwa założenia, które chociaż zostały już wyczerpująco omówione, wymagają uwypuklenia. Po pierwsze, konstytucyjne ujęcie omawianego immunitetu zakłada, iż beneficjentem wypływającej zeń ochrony jest ogół społeczeństwa. W założeniu instytucja ta jest gwarancją zabezpieczenia takich wartości, jak prawo do rzetelnego procesu, niezawisłość sędziowska czy niezależność sądów. Uprzywilejowanie konkretnego sędziego jest wyłącznie pośrednim refleksem ochrony immunitetowej. Konsekwentnie, nie stanowi zatem prawa podmiotowego przysługującego sędziemu. Dlatego też piastun wymiaru sprawiedliwości nie jest legitymowany do samodzielnego wyrażenia zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej poprzez zrzeczenie się immunitetu sędziowskiego. Po drugie, jedynym organem wyposażonym w kompetencję do podjęcia takiej decyzji jest sąd. Wypływa stąd dyrektywa dla ustawodawcy zwykłego co do takiego uregulowania instytucji immunitetu sędziowskiego, aby podmiotem decydującym o uchyleniu ochrony immunitetowej był właśnie sąd odpowiedniego rzędu.

Przepisy rangi ustawowej kształtujące instytucję immunitetu sędziowskiego

W toku niniejszych rozważań wskazywano, iż podstawowym przepisem służącym do dekodowania norm prawnych określających instytucję immunitetu sędziowskiego w polskim porządku prawnym jest art. 181 Konstytucji RP. Nie zawiera on jednak regulacji wyczerpującej. Wiele szczegółowych kwestii zostało delegowanych do skonkretyzowania w drodze przepisów rangi ustawowej.

Odnosnie do sędziów sądów powszechnych następuje to w bardzo rozbudowanym artykule 80 Ustawy z dnia 21 lipca 2001 roku – Prawo o ustroju

sądów powszechnych⁵⁷. Warto w tym miejscu przytoczyć jedynie dwa pierwsze paragrafy, które mają materialny charakter, gdyż pozostałe jednostki redakcyjne dotyczą zagadnień proceduralnych, które nie są relewantne dla prowadzonego wywodu. I tak, przechodząc do § 1:

Sędzia nie może być zatrzymany ani pociągnięty do odpowiedzialności karnej bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego. Nie dotyczy to zatrzymania w razie ujęcia sędziego na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Do czasu wydania uchwały zezwalającej na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej wolno podejmować tylko czynności niecierpiące zwłoki⁵⁸.

Natomiast §2 głosi, iż:

O zatrzymaniu sędziego niezwłocznie powiadamia się prezesa sądu apelacyjnego właściwego ze względu na miejsce zatrzymania. Może on nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego sędziego. O fakcie zatrzymania sędziego prezes sądu apelacyjnego niezwłocznie zawiadamia Krajową Radę Sądownictwa, Ministra Sprawiedliwości i Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego⁵⁹.

Wyznaczony w ten sposób zakres przedmiotowy immunitetu sędziowskiego ulega poszerzeniu na mocy artykułu 81 p.u.s.p., który wprowadza wyłączność odpowiedzialności dyscyplinarnej za popełnione przez sędziego wykroczenie⁶⁰, czyli statuuje immunitet o charakterze bezwzględnym.

Immunitet sędziów Sądu Najwyższego regulowany jest analogicznie przez artykuł 49 Ustawy z dnia 23 listopada 2002 roku o Sądzie Najwyższym⁶¹, z tą wszakże różnicą, iż brak odpowiednich norm proceduralnych wyznaczających ramy postępowania incydentalnego w przedmiocie uchylenia immunitetu. W myśl odesłania do Prawa o ustroju sądów powszechnych zawartego w art. 8 § 1 ustawy o SN, konieczne jest więc odpowiednie stosowanie art. 80 p.u.s.p. Wyłączność odpowiedzialności dyscyplinarnej za popełnione wykroczenia gwarantowana jest natomiast w art. 52 § 3 ust. o SN. Podkreślenia wymaga, że ustawa nie przewiduje w tym zakresie żadnych wyjątków.

Jak zostało to już wskazane, ochrona wypływająca z immunitetu sędziowskiego przysługuje również sędziom sądów wojskowych. Gwarantuje ją artykuł 30 Ustawy – Prawo o ustroju sądów wojskowych⁶², który treściowo

⁵⁷ DzU 2015, poz. 133 – j.t.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 145.

⁶¹ DzU 2013, poz. 499 – j.t. [dalej: Ustawa o SN].

⁶² DzU 2015, poz. 1198 – j.t.

tożsamy jest ze swoim odpowiednikiem – artykułem 80 p.u.s.p. Na mocy artykułu 37 §1 p.u.s.w. za popełnione wykroczenia sędziowie sądów wojсковych odpowiadają wyłącznie dyscyplinarnie. Bezwzględny immunitet w tym zakresie nie podlega żadnym ograniczeniom.

Należy jeszcze wskazać, iż Ustawa – Prawo o ustroju sądów administracyjnych⁶³, regulująca ustrój i funkcjonowanie tego rodzaju sądów, nie zawiera żadnego przepisu, który *expressis verbis* traktowałby o immunitecie sędziowskim przysługującym sędziom Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz wojewódzkich sądów administracyjnych. Na podstawie odesłania zawartego w artykule 29 §1 p.u.s.a. w sprawach nieuregulowanych do sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych stosuje się odpowiednio przepisy Prawa o ustroju sądów powszechnych, a więc w interesującym nas zakresie art. 80 i 81 p.u.s.p. Co się zaś tyczy sędziów NSA, artykuł 49 p.u.s.a. w sprawach nieuregulowanych nakazuje stosować odpowiednio przepisy ustawy o Sądzie Najwyższym, a więc wskazywany art. 49 i art. 52 § 3.

Tytułem podsumowania warto uwypuklić jeszcze zakres podmiotowy ochrony immunitetowej przysługującej piastunom wymiaru sprawiedliwości. Katalog sędziów będących beneficjentami dyskutowanej instytucji obejmuje:

- a) sędziów sądów powszechnych, na podstawie art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 80 p.u.s.p., a w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 81 p.u.s.p.,
- b) sędziów Sądu Najwyższego na podstawie art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 49 u.s.n., a w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 52 § 3 u.s.n.,
- c) sędziów sądów wojсковych na podstawie art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 30 p.u.s.w., a w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia art. 181 Konstytucji RP w zw. z art. 37 p.u.s.w.,
- d) sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych na podstawie określonej w punkcie a), za sprawą odesłania zawartego w art. 29 § 1 p.u.s.a., nakazującego w sprawach nieuregulowanych stosować odpowiednio przepisy p.u.s.p.,
- e) sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego na podstawie wskazanej w punkcie b), za sprawą odesłania zawartego w art. 49 p.u.s.a., nakazującego w sprawach nieuregulowanych stosować odpowiednio przepisy u.s.n.⁶⁴

⁶³ DzU 2014, poz. 1647 – j.t.

⁶⁴ B. Janusz-Pohl, *Immunitety...*, op. cit., s. 137. Dokonano tam wyczerpującego wyliczenia.

Normatywny kształt ochrony immunitetowej przysługującej sędziom w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia został znowelizowany ustawą z dnia 10 lipca 2015 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁶⁵, która weszła w życie 19 września 2015 roku. Nastąpiło to poprzez dodanie do art. 81 p.u.s.p. dwóch nowych jednostek redakcyjnych. Warto w tym miejscu przytoczyć ich treść. Zgodnie z art. 81 § 2 p.u.s.p.: „Sędzia może wyrazić zgodę na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej za wykroczenia, o których mowa w § 3, w trybie określonym w tym przepisie”⁶⁶. Wymieniony § 3 głosi, iż:

W przypadku popełnienia przez sędziego wykroczenia, o którym mowa w rozdziale XI ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (DzU z 2015 r. poz. 1094), przyjęcie przez sędziego mandatu karnego albo uiszczenie grzywny, w przypadku ukarania mandatem zaocznym, o którym mowa w art. 98 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (DzU z 2013 r. poz. 395, z późn. zm.), stanowi oświadczenie o wyrażeniu przez niego zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności w tej formie⁶⁷.

Powołana ustawa wprowadziła zatem możliwość wyboru przez piastuna wymiaru sprawiedliwości trybu ponoszenia odpowiedzialności za enumeratywne wymienione wykroczenia drogowe.

Przywołane regulacje oznaczają zatem, iż w przypadku popełnienia przez sędziego wykroczenia skatalogowanego w rozdziale XI Kodeksu wykroczeń, a więc jednego z wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji, może on sam zdecydować, czy zrzec się immunitetu, poddając się tym samym odpowiedzialności karnej, czy też powołać się na ochronę immunitetową, wybierając odpowiedzialność dyscyplinarną. Jakkolwiek nie wynika to z uzasadnienia projektu, które jest niezwykle lakoniczne i koncentruje się w głównej mierze na immunitecie parlamentarnym⁶⁸, dokonana zmiana ustawy była odpowiedzią na postulaty przedstawicieli środowi-

⁶⁵ DzU 2015, poz. 1309.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Druk sejmowy nr 1195, Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 lipca 2015 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.

ska sędziowskiego, którzy podnosili, iż poprzednie brzmienie art. 81 p.u.s.p. w sytuacji popełnienia wykroczenia drogowego skutkowało nadmiernym pogorszeniem sytuacji prawnej sędziów w stosunku do pozostałej części obywateli i ich dyskryminacją⁶⁹. Wskazywano w szczególności, że przewidziane w postępowaniu dyscyplinarnym sankcje za takie zachowania są niewspółmierne do ciężaru gatunkowego czynu i wagi naruszonej normy prawnej, a także znacznie bardziej brzemiennie w skutkach dla sędziego niż kary określone w kodeksie wykroczeń⁷⁰. Fakt przysługiwania ochrony immunitetowej, której działanie w omawianym zakresie polega na wyłączności odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenia, prowadził w istocie do ponoszenia przez piastunów wymiaru sprawiedliwości znacznie surowszych konsekwencji tylko dlatego, że legitymowali się statusem sędziego⁷¹. W związku z powyższym zdecydowano się zapewnić w ustawie możliwość ograniczonego przedmiotowo tylko do niektórych typów wykroczeń zrzeczenia się immunitetu i poddania się odpowiedzialności karnej.

Jakkolwiek założenia wprowadzonych zmian były słuszne, nie sposób ich zaaprobować. Wydaje się bowiem, iż są one niezgodne z Konstytucją RP. Dalsze uwagi poświęcone będą tej problematyce.

Ocena konstytucyjności zmian wynikających z ustawy z dnia 10 lipca 2015 roku

W świetle zaprezentowanej wykładni wzorców konstytucyjnych wpływających z art. 32 oraz art. 181 Konstytucji RP podjęta przez ustawodawcę decyzja o zagwarantowaniu sędziemu możliwości zrzeczenia się immunitetu sędziowskiego i wyrażenia zgody na poniesienie odpowiedzialności za niektóre wykroczenia drogowe budzi uzasadnione wątpliwości.

Pierwszym zarzutem, jaki można postawić omawianej regulacji, jest jej niezgodność z zasadą równości wobec prawa zawartą w art. 32 Konstytucji RP⁷². Rozpatrując zmiany dokonane nowelizacją z tej perspektywy, wyraźnie widać, iż możliwość zrzeczenia się immunitetu sędziowskiego w przypadku popełnienia wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi

⁶⁹ R. Hauser, *Publiczne ganienie sędziów sprzyja słupkom poparcia*, „Dziennik Gazeta Prawna” 2.10.2015.

⁷⁰ K. Klugiewicz, *Jeszcze kilka słów o immunitecie sędziowskim – uwagi na marginesie postanowienia SN z 15.3.2011 r. (WZ 8/11)*, „Kwartalnik KSSiP” 2012, z. 1, s. 42; R. Hauser, op. cit.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem; P. Czarny, op. cit.

w komunikacji zagwarantowana została jedynie sędziom sądów powszechnych i wojewódzkich sądów administracyjnych. Sędziowie sądów wojskowych, Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego nie mają takiego wyboru i za każde popełnione wykroczenie odpowiadają wyłącznie dyscyplinarnie. Transponując na grunt przedmiotowej problematyki wskazania Trybunału Konstytucyjnego odnoszące się do uwarunkowań wpływających z zasady równości wobec prawa, zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 marca 2017 roku, sygn. akt Kp 1/17, można dojść do wniosku, iż na skutek zmian wprowadzonych ustawą z dnia 10 lipca 2015 roku dochodzi do dyskryminującego zróżnicowania podmiotów prawa (sędziów) charakteryzujących się w równym stopniu cechą relewantną, a mianowicie statusem sędziego. Taka decyzja ustawodawcy nie znajduje przy tym żadnego uzasadnienia. Nie istnieje bowiem kryterium, które legitymizowałoby dokonane rozróżnienie. Następuje zatem niczym nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotów cechujących się jednakowym statusem sędziego⁷³. Ponadto obowiązywanie art. 81 § 2 oraz art. 81 § 3 p.u.s.p. skutkuje dopuszczalnością decydowania przez piastuna wymiaru sprawiedliwości o reżimie odpowiedzialności za popełniony czyn zabroniony⁷⁴. Jak wskazuje Piotr Czarny, fakt ten „budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady równości wobec prawa, inne osoby podlegające odpowiedzialności za wykroczenia nie posiadają bowiem takiej możliwości”⁷⁵.

Kolejny zarzut natury konstytucyjnej dotyczący przedmiotowej zmiany normatywnej wynika z niedostatecznego rozpoznania samej istoty ochrony immunitetowej przysługującej sędziom. Uwarunkowania wpływające z układu art. 181 Konstytucji RP prowadzą do jednoznacznej konstatacji o publicznoprawnym charakterze immunitetu sędziowskiego, co implikuje przysługiwanie ochrony z niego wypływającej niezależnie od woli beneficjenta⁷⁶. Instytucja analizowanego immunitetu nie jest emanacją prawa podmiotowego, przywileju bądź uprawnienia. Jego działanie służy przede wszystkim zabezpieczeniu wartości kluczowych dla prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, jedynie pośrednio uprzywilejowując sędziego⁷⁷. Co do zasady zatem niedopuszczalne jest zrzeczenie się ochrony immunitetu-

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ L. Garlicki, *Komentarz do art. 181...*, op. cit., s. 3.

⁷⁷ Pogląd powyższy został wyrażony w uzasadnieniu wyroków Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2007 roku, sygn. K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129 oraz z dnia 2 kwietnia 2015 roku, sygn. P 31/12, OTK-A 2015/4/44.

towej. Jedynym podmiotem władnym do uchylenia ochrony z niego wypływającej jest bowiem właściwy sąd. Nie przewidziano od tego żadnych wyjątków, dlatego też z całą stanowczością należy zaznaczyć, że w świetle Konstytucji RP zrzeczenie się immunitetu przez sędziego nie wywołuje skutków prawnych i jest niedopuszczalne⁷⁸. Ponadto brak zagwarantowania możliwości zrzeczenia się ochrony immunitetowej w treści ustawy zasadniczej powoduje, iż ustawa zwykła nie może przewidywać takiej możliwości bez narażenia się na zarzut niekonstytucyjności w tym zakresie⁷⁹. Stanowi to naruszenie istoty immunitetu sędziowskiego i nieuprawnioną modyfikację jego charakteru⁸⁰. Ustrojodawca, zamierzając wyposażyć sędziego w uprawnienie do zrzeczenia się immunitetu, powinien wyraźnie zaznaczyć to w tekście Konstytucji, tak jak w odniesieniu do posłów i senatorów uczynił w art. 105 ust. 4⁸¹. Skoro nie zdecydował się na taki krok, nie ulega wątpliwości, że wykluczył tym samym dopuszczalność zrzeczenia się ochrony immunitetowej przez piastuna wymiaru sprawiedliwości⁸².

W związku z powyższym stwierdzić należy, że art. 81 § 2 oraz art. 81 § 3 p.u.s.p. są niezgodne z art. 181 Konstytucji RP w zakresie, w jakim uprawniają sędziego do zrzeczenia się ochrony immunitetowej i wyrażenia zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za wykroczenie⁸³.

Podsumowanie

W toku przeprowadzonych rozważań podjęto próbę oceny konstytucyjności zmian wprowadzonych ustawą z dnia 10 lipca 2015 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych w regulacji kształtującej instytucję immunitetu sędziowskiego w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia. Na mocy przytoczonej ustawy w art. 81 p.u.s.p. dodano dwie nowe jednostki redakcyjne (art. 81 § 2 oraz art. 81 § 3 p.u.s.p.), zapewniając tym samym możliwość zrzeczenia się przez sędziów przysługującego im immunitetu i wyboru trybu ponoszenia odpowiedzial-

⁷⁸ R. Hauser, op. cit.; P. Czarny, op. cit.

⁷⁹ J. Mordwiłko, op. cit.; S. Giderewicz, op. cit.; P. Czarny, op. cit.

⁸⁰ J. Mordwiłko, op. cit.; R. Hauser, op. cit.

⁸¹ S. Giderewicz, op. cit.; P. Czarny, op. cit.

⁸² J. Mordwiłko, op. cit.

⁸³ Ibidem; S. Giderewicz, op. cit.; R. Hauser, op. cit.; P. Czarny, op. cit.

ności za popełnione, enumeratywnie wyliczone wykroczenia drogowe. Za podstawę powyższej oceny przyjęto uwarunkowania wypływające z wykładni wzorców konstytucyjnych zawartych w art. 32 i art. 181 Konstytucji RP. W świetle tak dokonanych ustaleń dochodzi się do wniosku, iż analizowanej zmianie normatywnej można postawić zarzut niezgodności z wymienionymi przepisami ustawy zasadniczej.

Po pierwsze, wprowadzenie takich przepisów wyłącznie do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych i pośrednio poprzez odpowiednie stosowanie do ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych nie obejmuje ich zakresem sędziów sądów wojskowych, sędziów Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, a tym samym prowadzi do nieuzasadnionego różnicowania sytuacji prawnej podmiotów cechujących się w świetle Konstytucji RP jednakowym i jednorodnym statusem sędziego. Skutkuje to niezgodnością art. 81 § 2 oraz art. 81 § 3 p.u.s.p. z zasadą równości wobec prawa wyrażoną w art. 32 Konstytucji RP.

Po drugie, wykładnia art. 181 Konstytucji RP uprawnia stwierdzenie, iż immunitet sędziowski nie jest atrybutem, przymiotem piastuna wymiaru sprawiedliwości, a w związku z tym nie on jest jego dysponentem. Wobec takiego założenia nie jest on uprawniony do podjęcia decyzji o zrzeczeniu się ochrony immunitetowej. Taką decyzję może podjąć wyłącznie sąd dyscyplinarny jako strażnik interesu wymiaru sprawiedliwości oraz trzeciej władzy. Stosowny wniosek konkretnego sędziego należy rozpatrywać w kategorii jedynie niewiążącego stanowiska. W rezultacie zagwarantowanie w art. 81 § 2 oraz art. 81 § 3 p.u.s.p. możliwości zrzeczenia się przez sędziego przysługującej mu ochrony immunitetowej jest niezgodne z wypływającym z art. 181 Konstytucji RP publicznoprawnym charakterem immunitetu sędziowskiego.

Mając na uwadze powyższe rozważania, stwierdzić należy, iż zmiana treści art. 81 p.u.s.p. nie była zabiegiem fortunnym. Z powodu ewidentnej sprzeczności z art. 32 oraz art. 181 Konstytucji RP przepis ten powinien zostać derogowany z systemu prawa. Dlatego też, *de lege ferenda*, postulowana interwencja ustawodawcy jest niezbędna i bardzo pożądana.

WAIVING THE JUDICIAL IMMUNITY BY A JUDGE COMMITTING A TRAFFIC MISDEMEANOR. REMARKS ON THE CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

The presented article addresses one of the problems aroused with the judicial immunity – the constitutionality of its waiving by the judge committing a traffic misdemeanor. In general, the judicial immunity, treated as a whole, represents the mul-

tilayered protection. On one hand, it makes the admissibility of the criminal proceedings towards the judge dependent on the imprimatur of the court. Moreover, such an imprimatur is also compulsory when it comes to a detention of a judge. On the other hand, a judge committing a misdemeanor is only disciplinary liable. The later ascertainment is only partially correct in the light of the amendment of the 10.07.2015 to the law governing the judicial immunity. It has been effective since 19.09.2015. It implements the privilege on the part of judge who commits a traffic misdemeanor to waive the immunity protection. The constitutionality of such a regulation is questionable. It shall be examined from the perspective taking into account the public character of the judicial immunity and the constitutional principle of equality before the law.

KEYWORDS

immunity waiver, judge, judicial immunity, traffic offences

BIBLIOGRAFIA

1. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
2. Czarny P., *Opinia prawna w sprawie poprawki do projektu ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka*, Warszawa 2015.
3. Dąbrowski S., Łazarska A., *Komentarz do art. 80 Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, red. A. Górski, Warszawa 2013.
4. Druk sejmowy nr 1195, Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 lipca 2015 roku o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.
5. Garlicki L., *Komentarz do art. 105*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa, wyd. ciągłe.
6. Garlicki L., *Komentarz do art. 181*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
7. Garlicki L., *Komentarz do art. 196*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa, wyd. ciągłe.
8. Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2011.
9. Giderewicz S., *Opinia do ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, Warszawa 2015.
10. Grabowski T., *Ustrojowe gwarancje niezawisłości sądów*, „Palestra” 1990, z. 1.
11. Hauser R., *Publiczne ganieńie sędziów sprzyja słupkom poparcia*, „Dziennik Gazeta Prawna” 2.10.2015.
12. Janusz-Pohl B., *Immunitet sędziowski sędziów sądów powszechnych*, [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman et al., Warszawa 2008.

13. Janusz-Pohl B., *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009.
14. Klugiewicz K., *Jeszcze kilka słów o immunitecie sędziowskim – uwagi na marginesie postanowienia SN z 15.3.2011 r. (WZ 8/11)*, „Kwartalnik KSiP” 2012, z. 1.
15. Kubiak J. R., Kubiak J., *Immunitet sędziowski*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 11.
16. Łazarska A., *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012.
17. Marek A., *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008.
18. Marszał K., *Immunitet sędziowski w procesie karnym*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2004, t. 5.
19. Michalski W., *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970.
20. Mordwiłko J., *Opinia prawna w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy umożliwienie wymienionym w druku nr 1195 podmiotom zrzeczenia się immunitetu w przypadku popełnienia wykroczenia można zastosować także do sędziów*, Warszawa 2013.
21. Murzynowski A., Zieliński A., *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 9.
22. Naleziński A., *Organy władzy sądowniczej*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011.
23. Nita A., *Uchylenie immunitetu sędziowskiego (aspekty konstytucyjne)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 7.
24. Nita-Światłowska A., *Immunitet sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 4: *Dopuszczalność procesu*, red. P. Hofmański, Warszawa 2015.
25. *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, Warszawa 2009.
26. Ratajczak A., *Niezawisłość sędziów i niezależność sądów*, „Jurysta” 1993, nr 1.
27. Rogalski M., *Niezawisłość sędziowska w postępowaniu karnym*, Lublin 2000.
28. Sarnecki P., *Ogólna charakterystyka państwowości w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011.
29. Schaff L., *W sprawie immunitetu sędziowskiego*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 3.
30. Szumiło-Kulczycka A., *Prawo do sądu właściwego w polskim procesie karnym i gwarancje jego realizacji*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska et al., Warszawa 2000.
31. Tuleja P., *Konstytucyjne gwarancje praw jednostki*, [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011.
32. Waszczyński J., *Ustrój organów ochrony prawnej*, Łódź 1971.
33. Włodyka S., *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w PRL*, Warszawa 1963.
34. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., K 63/07, OTK-A 2010, nr 6, poz. 60.
35. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 marca 2017 r., Kp 1/17, OTK-A 2017, poz. 28.
36. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.
37. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2016 r., sygn. akt SK 40/14, OTK ZU A 2016, poz. 57.
38. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 kwietnia 2015 roku, sygn. P 31/12, OTK-A 2015, nr 4, poz. 44.
39. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 października 1998 r., sygn. akt K 7/98, OTK ZU 1998, nr 6, poz. 96.

JAN KLUZA

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
E-MAIL: JAN.KLUZA@STUDENT.UJ.EDU.PL

Krytyczna analiza nowelizacji dotyczącej konfiskaty rozszerzonej – omówienie zmian w obrębie kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego

STRESZCZENIE

Uchwalone przez Sejm w marcu 2017 roku nowe zasady orzekania przypadku w sposób znaczący rozszerzają możliwość jego stosowania. Główne zmiany w rozdziale Va kodeksu karnego sprowadzają się do wprowadzenia nowej odmiany przypadku przedsiębiorstwa, rozszerzenia granic czasowych i przedmiotowych przypadku korzyści pochodzących z przestępstwa oraz objęcia tymi zmianami także osoby trzeciej. Zmiany te są podyktowane unijną dyrektywą przeciwko zwalczaniu przestępczości zorganizowanej i mają na celu harmonizację przepisów krajów członkowskich w celu ułatwienia zwalczania przestępczości transgranicznej. Nowela ta budzi kontrowersje i głębokie wątpliwości co do jej zgodności z konstytucyjnym zakazem retroakcji przepisów karnych oraz zasadą domniemania niewinności. Ustawa umożliwia bowiem orzeczenie przypadku mienia, które weszło w skład majątku sprawcy w okresie do 5 lat przed popełnieniem czynu, jak również wprowadza domniemanie przestępczego pochodzenia tego mienia.

SŁOWA KLUCZOWE

przepadek, konfiskata, przedsiębiorstwo, retroaktywność, represja

Wstęp

Na 36. posiedzeniu Sejmu RP w dniu 24 lutego 2017 roku¹ uchwalona została nowelizacja² Kodeksu karnego, która w istotny sposób zmienia zasady

¹ Projekt ustawy przyjęty z poprawkami 22 marca 2017 roku przez Senat. Sejm przyjął poprawki Senatu 23 marca 2017 roku. Prezydent podpisał ustawę 11 kwietnia 2017 roku. Ustawa weszła w życie w dniu 1 czerwca 2017 roku.

orzekania przepadku przedmiotów i korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa. Zmiany w tym zakresie zdaniem ustawodawcy podyktowane były koniecznością implementacji do polskiego porządku prawnego unijnej dyrektywy³ mającej na celu walkę z przestępczością. Stwierdzić jednak trzeba, że polski ustawodawca znacznie przekroczył granice określone wspomnianą dyrektywą, wprowadzając w system instytucji karnych bardzo surowy środek, naruszający zasadę proporcjonalności represji karnej. Nowelizacja narusza także konstytucyjną zasadę domniemania niewinności, ponieważ wprowadza domniemanie pochodzenia majątku sprawcy z przestępstwa, a ciężar w tym zakresie przerzuca na oskarżonego. Nowe przepisy stoją również w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa karnego w zakresie, w jakim odnoszą się do postępowania sprawcy przed popełnieniem przestępstwa. Jak wszelkie ograniczenia godzące w wolność osobistą, również i to musi spełniać wymogi płynące z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a więc stosuje się je, gdy jest ono konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony jednej z innych wartości konstytucyjnych oraz gdy nie narusza istoty tych praw.

Instytucja konfiskaty i główne założenia dyrektywy

Zasady stosowania przepadku w dużej mierze zostały zmienione na gruncie wcześniejszej noweli⁴, z lutego 2015 roku. Obecnie Kodeks karny przewiduje możliwość orzeczenia przepadku na zasadach określonych w rozdziale Va. Przepadek w obecnej formie jest szczególnym środkiem reakcji karnej, podnoszone jest bowiem w doktrynie prawa karnego, że nie stanowi on *stricto* środka kompensacyjnego, co wynika z tytułu rozdziału Va Kodeksu – „Przepadek i środki kompensacyjne”⁵. Do czasu zmiany brzmienia omawianą ustawą art. 44 k.k. sąd mógł orzec przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone

² Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw, DzU poz. 768.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, DzU UE L 127, dalej: „dyrektywa”.

⁴ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, DzU 2015, poz. 396.

⁵ W. Cieślak, A. Marek, T. Oczkowski, J. Raglewski, *Przepadek i środki kompensacyjne*, [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej. System Prawa Karnego*, t. VI, red. M. Melezini, Warszawa 2016, s. 788–790.

do popełnienia przestępstwa, a w razie niemożliwości orzeczenia ich przypadku przepadek równowartości tych przedmiotów, jak również przepadek przedmiotów, w przypadku których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przesyłanie, przenoszenie lub przewóz są zabronione. Z kolei art. 45 k.k. reguluje przepadek korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa lub jej równowartości. Przepisy dotyczące przypadku, wielokrotnie nowelizowane przez rozszerzanie zakresu ich stosowania, zastąpiły wcześniej obowiązującą w Polsce konfiskatę mienia na gruncie kodeksu z 1969 roku⁶, zniesioną na mocy noweli z 1990 roku⁷. Instytucja ta była szeroko krytykowana w doktrynie ze względu na jej mocno represyjny charakter. Konfiskatę można było orzec w oderwaniu od majątkowego charakteru przestępstwa i obejmowała ona całość majątku sprawcy⁸. Późniejsze nowelizacje w mniejszym bądź większym stopniu zbliżały przepadek do konfiskaty, rozszerzając granice jego stosowania. Z tego powodu zasadnie jest mówić o funkcjonowaniu „przepadku rozszerzonego”, którego kluczową cechą jest przerzucenie ciężaru udowodnienia legalnego pochodzenia majątku na sprawcę przestępstwa⁹.

Wydaje się, że w obowiązującym kształcie przepisy kodeksu odpowiadają podstawowym założeniom dyrektywy. Aby ustalić, w jakim obszarze przepisy kodeksu nie pozostają w zgodzie z dyrektywą, należy przeanalizować poszczególne stawiane przez nią wymogi. Co prawda w jej artykule 4 posłużono się terminem „konfiskata”, jednak jego *ratio legis* odpowiada polskiemu unormowaniu przypadku w Kodeksie karnym, albowiem na gruncie tego przepisu konfiskata ma obejmować w całości lub w części narzędzia i korzyści lub mienie, którego wartość odpowiada takim narzędziom lub korzyściom w przypadku wydania prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo, przy czym może to być również wyrok wydany w wyniku postępowania zaocznego, a w sytuacji niemożności przeprowadzenia konfiskaty, w szczególności z powodu choroby lub ucieczki podejrzanego, dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do wdrożenia niezbędnych środków „w celu umożliwienia konfiskaty narzędzi i korzyści w przypadkach, gdy wszczęte zostało postępowanie karne w odniesieniu do przestępstwa, które może być źródłem – w sposób bezpośredni lub pośredni – korzyści

⁶ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, DzU nr 13, poz. 94.

⁷ Ustawa z dnia 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw, DzU nr 14, poz. 84.

⁸ C. Kulesza, P. Starzyński, *Powrót konfiskaty mienia?*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 36–37.

⁹ T. Hachoł, B. Olszewski, *Konfiskata rozszerzona w świetle unormowań prawnych*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, z. II, s. 347–348.

majątkowych, i takie postępowanie mogło doprowadzić do wydania wyroku skazującego, gdyby podejrzany lub oskarżony był w stanie stanąć przed sądem”¹⁰. W tym zakresie wcześniejsze brzmienie przepisu nie wyczerpywało wymogów stawianych przez dyrektywę. Podobna funkcja w polskim prawie przejawia się w art. 45a k.k., który do czasu uchwalenia noweli przewidywał jedynie możliwość orzeczenia przepadku, jeżeli społeczna szkodliwość czynu była znikoma, a także w razie warunkowego umorzenia postępowania lub stwierdzenia, że sprawca dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności, o której mowa w art. 31 § 1, albo jeżeli zachodziła okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Zachodziła więc rozbieżność między przepisem dyrektywy a polskim unormowaniem, które uzupełnić miała nowela w zakładanym nowym brzmieniu art. 45a k.k. poprzez wprowadzenie do jego treści § 2. Zgodnie z nim jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałyby orzeczoney przepadek, sąd może go orzec także w razie śmierci sprawcy, umorzenia postępowania z powodu jego niewykrycia, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego albo oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby. W sytuacji, w której postępowanie karne co do zarzucanego czynu nie może zostać skutecznie zakończone z powodów wskazanych w ustawie, ustawodawca, uznając, że okoliczności te nie mogą przemawiać na korzyść sprawcy czynu, przewidział możliwość orzeczenia przepadku bez potrzeby uzyskania wyroku skazującego, jeśli dowody wskazują na możliwość orzeczenia przepadku, gdyby postępowanie toczyło się bez przeszkód. *Ratio legis* tego rozwiązania jest słuszne i wynika także z dyrektywy. Jego szczegółowe rozwiązania budzą jednak wątpliwości. Ustawodawca przewidział bowiem w nowo dodanym art. 17 § 4 k.p.k., że istnienie okoliczności określonych w § 1 pkt 4–6 [k.p.k.]¹¹ nie wyłącza postępowania w przedmiocie przepadku, o którym mowa w art. 45a § 2 Kodeksu karnego. Prowadzi to zatem do rozszerzenia możliwości orzeczenia przepadku ponad okoliczności wskazane w art. 45a § 2 k.k. o wyłączenie karalności czynu oraz przedawnienie jego karalności. Są to materialne przesłanki umorzenia postępowania określone w Kodeksie karnym, niemniej jednak właściwszym zabiegiem legislacyjnym byłoby określenie wszystkich podstaw orzeczenia przepadku bez wyroku skazującego w jednym przepisie o charakterze materialnym, a więc

¹⁰ Art. 4 ust. 2 dyrektywy.

¹¹ Art. 17 § 1 k.p.k. Nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: [...] 4) ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze, 5) oskarżony zmarł, 6) nastąpiło przedawnienie karalności [...].

w Kodeksie karnym. Zastrzeżenia budzi także możliwość orzeczenia przepadku w razie „niewykrycia sprawcy” przy jednoczesnych dowodach uzasadniających wyrok skazujący. Ustawodawca nie ma w tym przypadku na myśli braku możliwości faktycznego ujęcia sprawcy (co stanowi określoną w osobnym przepisie podstawę orzeczenia przepadku), lecz sytuację, w której dowody nie wskazują na konkretnego sprawcę (por. art. 322 § 1 k.p.k.). Stanowi to wewnętrzną sprzeczność, ponieważ skoro dowody nie są wystarczające do ustalenia sprawcy, to nie mogą być uznane za wystarczające do skazania i tym samym nie mogą stanowić podstawy do orzeczenia majątku konkretnej osoby, która wszakże nie jest oskarżona, bo brak ku temu dowodów. Poważne wątpliwości budzi także regulacja procesowa dotycząca orzeczenia przepadku w sytuacji określonej w art. 45a § 2 k.k. Zgodnie z nowym art. 22 § 4 k.p.k. oskarżonemu w ramach postępowania w sprawie przepadku zapewnia się obrońcę z urzędu. Brak jednak analogicznych regulacji w stosunku choćby do spadkobierców sprawcy czynu zabronionego, którzy zostaną bezpośrednio dotknięci skutkami przepadku. Nie są oni bowiem podmiotami określonymi w rozdziale 10a i 10b k.p.k. (o czym poniżej). Jediną możliwością zapewnienia ochrony praw takich osób będzie zatem art. 87 § 2 k.p.k., na podstawie którego osoba niebędąca stroną może ustanowić pełnomocnika, jeśli wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu.

Nieco inaczej sytuacja przedstawia się z konfiskatą rozszerzoną, którą dyrektywa opisowo definiuje w artykule 6. Zobowiązuje on państwa członkowskie do wdrożenia przepisów określających niezbędne środki w celu umożliwienia konfiskaty, w całości lub w części, mienia należącego do osoby skazanej za popełnienie przestępstwa, które może być źródłem – w sposób bezpośredni lub pośredni – korzyści majątkowych, w przypadku, gdy sąd na podstawie okoliczności sprawy, w tym konkretnych faktów i dostępnych dowodów, takich jak nieproporcjonalna do legalnego dochodu skazanego wartość jego mienia, jest przekonany, że przedmiotowe mienie pochodzi z działalności przestępczej. Regulacja ta ma zatem szeroki zakres stosowania, ale i w tym przypadku nie stanowi nowości w prawie polskim, ponieważ postulaty te wybrzmiewały po części z dotychczasowego brzmienia art. 45 k.k.

Przepadek przedsiębiorstwa

Nowa regulacja zawarta w art. 44a k.k. przewiduje możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa w dwóch sytuacjach. Zgodnie z art. 44a § 1 k.k. sąd, w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osią-

gnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, może orzec przepadek przedsiębiorstwa stanowiącego własność sprawcy albo jego równowartości, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Przepadek jest zatem możliwy w sytuacji kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek w postaci pośredniego lub bezpośredniego osiągnięcia korzyści majątkowej znacznej wartości oraz użycia tego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa lub ukrycia za jego pomocą uzyskanej zeń korzyści. Zgodnie z art. 115 § 5 w zw. z § 7 k.k. pojęcie „znaczna wartość” obejmuje wartość przekraczającą w czasie popełnienia przestępstwa równowartość 200 000 złotych. Rozbieżności pojawiają się jednak przy próbie definiowania użytych w przepisie sformułowań, ponieważ nie są to pojęcia definiowane w prawie karnym. Mimo braku definicji normatywnej korzyści majątkowej to nie ten fragment przepisu budzi zastrzeżenia, ponieważ owo pojęcie jest od dawna obecne w kodeksie, wobec czego doktryna wypracowała mniej lub bardziej akceptowane stanowisko, w którym wskazuje, że przez pojęcie to należy rozumieć zwiększenie aktywów lub zmniejszenie pasywów majątkowych, to znaczy każde przysporzenie majątku, uniknięcie strat lub zmniejszenie obciążeń majątku, które można wyrazić pieniężnie¹². Również dyrektywa w tym względzie nie pozostawia wątpliwości, gdyż wskazuje ona, że

Konieczne jest doprecyzowanie istniejącego pojęcia korzyści z przestępstwa, tak aby objęło ono bezpośrednie korzyści z działalności przestępczej i wszystkie korzyści pośrednie, w tym uzyskane poprzez ponowne zainwestowanie lub przekształcanie korzyści bezpośrednich. Korzyści mogą zatem obejmować wszelkie mienie, w tym mienie, które zostało przekształcone lub zamienione – w całości lub w części – w inne mienie, oraz mienie, które zostało połączone z mieniem uzyskanym z legalnych źródeł – do wysokości szacowanej wartości włączonych do niego korzyści. Korzyści z przestępstwa mogą też obejmować dochody lub inne wpływy wynikające z korzyści z przestępstwa lub z mienia będącego wynikiem takiego przekształcenia, zamiany lub połączenia¹³.

Przepis odwołuje się jednak do przypadku przedsiębiorstwa, nie określając przy tym, co rozumie się przez to pojęcie. Pozostawienie złożonego ze swej natury terminu w przepisie karnym bez wprowadzenia jego definicji legalnej w słowniczku pojęć (art. 115 k.k.) czy bliższego jego określenia jest błędne i powodować może rozbieżności interpretacyjne. Jest to bowiem po-

¹² *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, komentarz do art. 45, teza nr 6.

¹³ Punkt 11 preambuły dyrektywy.

jęcie z zakresu prawa cywilnego, definiowane w art. 55¹ k.c., którego zdanie pierwsze stanowi, że przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Przepis ten w dalszej części¹⁴ zawiera katalog otwarty elementów składających się na przedsiębiorstwo. Wprowadzenie do art. 115 k.k. nowego przepisu w postaci § 24 nie rozwiązuje wątpliwości w tym zakresie. Przepis ten stanowi jedynie, że przy ocenie rozmiaru działalności przedsiębiorstwa sąd bierze pod uwagę jego wartość. Słusznie zatem w toku prac legislacyjnych ówczesne Ministerstwo Rozwoju podnosiło, że

Zastrzeżenia budzi możliwość orzeczenia przepadku „składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa”. Pojęcia ta budzą niejasności interpretacyjne m.in. na gruncie ustawy – Kodeks cywilny, oraz ustaw o podatkach dochodowych. Postuluje się umieszczenie enumeratywnego katalogu składników przedsiębiorstwa, których przepadek może być orzeczony, bądź w inny sposób jednoznacznego określenia składników mogących podlegać przepadkowi¹⁵.

Ministerstwo słusznie wskazuje następnie, że

[...] użyta redakcja przepisów zdaje się wskazywać na przepadek wszystkich składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, co nie jest uzasadnione także z uwagi na postanowienie dyrektywy 2014/42/UE, zgodnie z którym przepadek korzyści lub innego mienia sprawcy albo osoby trzeciej ogranicza się do wartości odpowiadającej korzyści przekazanej przez sprawcę przestępstwa. [Ponadto] wątpliwości budzi również wykorzystywanie w projekcie klauzul generalnych¹⁶.

¹⁴ Art. 55¹ k.c. Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności: 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; 5) koncesje, licencje i zezwolenia; 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej; 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; 8) tajemnice przedsiębiorstwa; 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

¹⁵ Tabela uwag zgłoszonych w ramach uzgodnień projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (UC39), pismo o sygn. MS DL-IV-400-2/16, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12285851> [dostęp: 15.03.2017].

¹⁶ Ibidem.

Nie można odmówić racji tym argumentom, ponieważ reguły wykładni prawa karnego mogą prowadzić do konkluzji odmiennych od cywilistycznych, czego przykładem jest ujęcie mienia i rzeczy na gruncie przestępstw przeciwko mieniu¹⁷. Podobne zastrzeżenia w toku opiniowania ustawy zgłaszał także Prezes Sądu Apelacyjnego w Krakowie¹⁸.

Konieczną przesłanką dla orzeczenia przepadku jest to, by przedsiębiorstwo służyło do popełnienia przestępstwa lub do ukrycia korzyści z niego uzyskanej. Z sytuacją taką będziemy mieć do czynienia, gdy popełnienie przestępstwa będzie możliwe przez prowadzenie działalności gospodarczej (np. art. 296, art. 299 k.k.). Wykorzystanie przedsiębiorstwa do ukrycia korzyści może natomiast nastąpić poprzez próbę ich „zalegalizowania” z wykorzystaniem działalności gospodarczej, co jednak samo w sobie stanowi przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” stypizowane w art. 299 k.k. Skutkuje to tym, że za ten sam czyn w stosunku do sprawcy, który popełnił przestępstwo, a następnie za pomocą przedsiębiorstwa ukrywał korzyść, może zostać orzeczony przepadek tego przedsiębiorstwa przy okazji wymierzania kary za pierwszy z czynów oraz niezależnie od tego pociągnięcie do odpowiedzialności na gruncie art. 299 k.k. za ukrywanie tej korzyści. Z tego powodu rozwiązanie takie uznać należy za wątpliwe, ponieważ może prowadzić do złamania zakazu *ne bis in idem* i wymierzenia dwukrotnie sankcji karnej za to samo zachowanie: pierwszy raz przy okazji zastosowania przepadku na podstawie art. 44a k.k. oraz po raz drugi przy okazji wymierzenia kary za czyn z art. 299 k.k. Co więcej, *ratio legis* wprowadzenia przepisu art. 299 do Kodeksu karnego była ochrona obrotu gospodarczego, jak również ochrona wymiaru sprawiedliwości, przepis ten ma bowiem na celu penalizację czynów, które stanowią próbę udaremnienia stwierdzenia przestępstwa, zajęcia mienia, orzeczenia obowiązku naprawienia szkody lub ich wyegzekwowania¹⁹. Przepis ten ma swoje umocowanie w aktach prawa międzynarodowego²⁰, które przewidują obowiązek penalizacji określonych zachowań, zwanych zbiorczo „praniem brudnych pieniędzy”, między innymi Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestęp-

¹⁷ Por.: A. Malicka, M. Sikora, *Prawnokarna ochrona własności*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2009, t. III, s. 367; M. Gałązka, *Rzecz w prawie karnym – pojęcie cywilnoprawne czy autonomiczne?*, „Studia Prawnicze KUL” 2013, z. 1 (53), s. 63–78.

¹⁸ Pismo Prezesa Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31.05.2016 r., Adm.-023-31/16, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12285851> [dostęp: 15.03.2017].

¹⁹ *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, komentarz do art. 299, teza nr 5 i 6.

²⁰ Ibidem, komentarz do art. 299, teza nr 4.

czości zorganizowanej²¹ (art. 6) czy Konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu²² (art. 9). Przepadek przedsiębiorstwa na gruncie nowego przepisu art. 44a § 1 k.k. może ponadto zostać dokonany jedynie wówczas, gdy sprawca przestępstwa jest jego wyłącznym właścicielem. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo jest objęte współwłasnością, przepadek orzeka się z uwzględnieniem woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli i w ich granicach (art. 44a § 3 k.k.), co prowadzić może do sytuacji, że przypadkowi ulegnie jedynie część przedsiębiorstwa przy równoczesnym pozostawieniu prawa współwłaścicieli. Rozwiązanie takie uznać należy za niewłaściwe, ponieważ prowadzi do powstania przedsiębiorstwa z udziałem Skarbu Państwa, co niekoniecznie z punktu widzenia interesów państwa musi być korzystne. W takiej sytuacji właściwsze wydaje się zatem, aby sąd miał możliwość orzeczenia przypadku równowartości udziału sprawcy.

Ustawodawca w art. 44a § 2 k.k. przewiduje możliwość zastosowania przypadku również w stosunku do przedsiębiorstwa stanowiącego własność osoby trzeciej. Dodatkową w tym przypadku przesłanką jest to, aby jego właściciel chciał, by przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, albo przewidując taką możliwość, na to się godził. Przesłanka ta oparta została na dosłownej definicji zamiaru bezpośredniego (świadomość konieczności) i zamiaru ewentualnego (świadomość możliwości) w prawie karnym. Również w takim przypadku działanie właściciela przedsiębiorstwa podlegać będzie odrębnej odpowiedzialności karnej z tytułu pomocnictwa w przestępstwie (art. 18 § 3 k.k.), prania brudnych pieniędzy (art. 299 k.k.). Orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa możliwe jest tylko w sytuacji, gdy jego właścicielem jest osoba fizyczna, nie zaś osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna. Pierwotna wersja²³ przepisu zakładała możliwość orzeczenia przypadku niezależnie

²¹ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., DzU 2005, nr 18, poz. 158.

²² Konwencja Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., DzU 2008, nr 165, poz. 1028.

²³ Projekt ustawy z dnia 23 maja 2016 r., art. 44a § 1: W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, oraz w wypadkach przewidzianych w ustawie sąd może orzec przepadek składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa, które służyło lub było przeznaczone do popełnienia tego przestępstwa, chociażby nie stanowiło własności sprawcy,

od tego, kto był jego właścicielem, co było przedmiotem licznych uwag krytycznych w toku opiniowania projektu ustawy ze względu na rozszerzenie odpowiedzialności karnej na podmioty zbiorowe. W zamian za to, na podstawie art. 44a § 3 k.k. możliwe jest orzeczenie przypadku w razie współwłasności przedsiębiorstwa na podstawie woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli i w ich granicach. Brzmienie przepisu nie pozostawia złudzeń co do tego, że po stronie właściciela przedsiębiorstwa musi istnieć świadomość wykorzystywania przedsiębiorstwa do działań przestępczych. W porównaniu z pierwotnym brzmieniem przepisu została więc znacznie zawężona możliwość przepadku przedsiębiorstwa osoby trzeciej, co w założeniach projektu miało być możliwe ze względu na „brak należytej ostrożności” właściciela. Obszerna i trudna do skonkretyzowania klauzula generalna „należytej staranności” jako przyczyna przepadku była mocno krytykowana, ponieważ takie brzmienie przepisu prowadziłoby do dowolności jego stosowania i nie czyniłoby zadość wymogom określoności przepisów prawa karnego²⁴.

Art. 44a § 4 k.k. statuuje negatywną przesłankę zastosowania przypadku, gdyby było to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa, stopnia zawinienia oskarżonego lub motywacji i sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa. Katalog ten jest szerszy niż w stosunku do przesłanek wyłączających przepadek w art. 44 § 3 k.k., który jako okoliczność uniemożliwiająca orzeczenie przepadku przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa wymienia jedynie jego niewspółmierność względem wagi przestępstwa. Przepadku przedsiębiorstwa nie będzie się także orzekać, jeśli szkoda wyrządzona przestępstwem lub wartość ukrytej korzyści nie jest znaczna wobec rozmiaru działalności przedsiębiorstwa (art. 44a § 5 k.k.), natomiast art. 44a § 6 k.k. daje sądowi możliwość odstąpienia od przepadku przedsiębiorstwa będącego własnością osoby trzeciej także w innych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, jeśli byłby on niewspółmiernie dolegliwy dla właściciela przedsiębiorstwa. Brzmienie nowego przepisu art. 44a § 4 k.k. jest nieprecyzyjne. Przepis ten zawiera trzy podstawy

jeżeli jego właściciel lub inna osoba uprawniona na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach przewidywała albo mogła przewidzieć, że może ono służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa. § 2: Przepadku, o którym mowa w § 1, nie orzeka się, jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa skarbowego lub stopnia zawinienia oskarżonego. Treść dostępna na stronie: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12285851/katalog/12354968#12354968>.

²⁴ A. Stępniewska *Penalizacja życia gospodarczego – przepadek przedsiębiorstwa*, [online] <http://www.codozasady.pl/penalizacja-zycia-gospodarczego-przepadek-przedsiębiorstwa/> [dostęp: 15.03.2017].

odstąpienia od przepadku, w tym dwie, które odnoszą się do cech podmiotowych różnych osób. Pierwszą z nich jest stopień zawinienia oskarżonego. Sąd, wymierzając karę i środki karne, musi uwzględnić stopień społecznej szkodliwości (art. 53 § 1 w zw. z art. 56 k.k.), na który składają się między innymi sposób i okoliczności popełnienia czynu, waga naruszonych przez sprawcę obowiązków, postać zamiaru, motywacja sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł i stopień ich naruszenia (art. 115 § 3 k.k.). Odrębną zaś przesłankę stanowi motywacja i sposób zachowania się osoby trzeciej (właściciela przedsiębiorstwa). Ustawodawca przewiduje sytuację, w której właściciel przedsiębiorstwa działa z zamiarem ukrycia korzyści pochodzącej z popełnienia przestępstwa, a z drugiej strony sposób jego zachowania może uzasadniać odstąpienie od orzeczenia przepadku. Jako przykład takiego postępowania wskazać można działanie pod przymusem czy też ze względu na szczególną motywację sprawcy, która zasługuje na uwzględnienie, na przykład wykorzystanie korzyści pochodzącej z przestępstwa na cele lecznicze. Ponieważ § 4 odnosi się do przepadku określonego w § 1 i § 2 art. 44a k.k., stwierdzić należy, że przepadku z § 2 nie orzeka się ze względu na cechy odnoszące się zarówno do sprawcy czynu, jak i osoby trzeciej.

Rozszerzenie przepadku mienia pochodzącego z przestępstwa

Ustawa wprowadza także znaczne rozszerzenie możliwości orzeczenia przepadku korzyści majątkowej, która nie podlega przypadkowi jako przedmiot pochodzący bezpośrednio z przestępstwa lub jako prohibity (art. 44 § 1 i 6 k.k.). Zmiana brzmienia art. 45 § 2 k.k. zakłada umożliwienie orzeczenia przepadku w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa znacznej wartości, albo przestępstwo, z którego została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa, a za korzyść uzyskaną z jego popełnienia uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie od 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny. Prowadzi to do znacznego rozszerzenia możliwości stosowania przepadku w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów. Po pierwsze, do orzeczenia przepadku korzyści nie jest już konieczne jej uzyskanie, a jedynie możliwość jej osiągnięcia, choćby pośredniego. Przepadek

nie jest tu zatem formą represji karnej za przestępcze osiągnięcie korzyści majątkowej, wobec której stosowanie przepadku w obecnym kształcie ma charakter przede wszystkim kompensacyjny w rozumieniu języka potocznego, czyli „wyrównujący coś, znoszący różnice, związany z kompensatą”²⁵. Jest to majątkowy środek penalny, który ma spełniać funkcję analogiczną do konfiskaty mienia w poprzednich regulacjach karnych, czyli ma służyć pozbawieniu sprawców korzyści pochodzącej z przestępstwa²⁶. Rozszerzenie możliwości orzekania przepadku korzyści majątkowej, w tym przypadku jej równowartości, w sytuacji, kiedy brak tej korzyści, w swej istocie oznacza zatem konfiskatę mienia, co należy ocenić negatywnie z tego powodu, że stanowi dodatkowy środek represji karnej mimo braku obiektywnych (na gruncie dotychczasowego brzmienia art. 45 k.k.) podstaw przepadku.

Dodatkowym rozszerzeniem represji karnej w formie przepadku, obok stosowania go do przestępstw, w których korzyść jedynie mogła zostać osiągnięta, jest wprowadzenie domniemania, na podstawie którego za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie od 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku. Przepis umożliwia zatem niejako ukaranie sprawcy za postępowanie przed popełnieniem czynu zabronionego, ponieważ wprowadza domniemanie, że składniki jego majątku pochodzą z przestępstwa. Regulację tę należy ocenić negatywnie z kilku powodów. Przede wszystkim konstrukcja przepisu oparta na domniemaniu prawnym jest rozwiązaniem typowym dla prawa cywilnego, które posługuje się nim w celu ułatwienia procesu dowodzenia. Fakt, że domniemanie przestępczego pochodzenia majątku sprawcy nabytego w czasie od popełnienia przestępstwa do wydania wyroku było obecne w treści przepisu na gruncie noweli lutowej, nie może uzasadniać jego funkcjonowania. Mimo że domniemanie to jest wzruszalne, co stanowi cechę odróżniającą przepadek od typowej konfiskaty mienia²⁷, konstrukcja ta stanowi zbyt łatwe ułatwienie procesowe dla organów ścigania. Po drugie, przerzucenie ciężaru dowodzenia na oskarżonego jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności. Wyposażenie przez ustawodawcę organów ścigania w środek pozwalający uznać całość majątku zebranego na 5 lat przed popełnieniem przestępstwa za nielegalny godzi także w zasadę równości broni stron procesu oraz w prawo własności. Nie

²⁵ *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 398.

²⁶ *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I...*, op. cit., komentarz do art. 45, teza nr 1.

²⁷ A. Ochnio, *Konfiskata korzyści z przestępstwa – nowe rozwiązania w prawie Unii Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 4, s. 77.

znajduje bowiem uzasadnienia tak poważna ingerencja w majątek obywatela, nawet gdy ten popełnia przestępstwo o cięższym gatunkowo charakterze. Co więcej, stosowanie przepadku w tej postaci w sytuacji, gdy przestępstwo nie przyniosło sprawcy żadnej korzyści majątkowej, mimo że potencjalnie i w zamiarze sprawcy miało to nastąpić, jest sprzeczne z podstawowym założeniem i celem instytucji przepadku, jakim jest przeciwdziałanie bogaceniu się w wyniku przestępstw, co ma na celu prewencję ogólną i indywidualną przez wskazywanie na nieopłacalność takiego procederu²⁸. W takim przypadku trudno mówić o przepadku korzyści majątkowej. Jest to raczej majątkowy środek represji karnej. Analogiczną funkcję, mającą na celu potępienie działania sprawcy i ukazanie negatywnych konsekwencji takich czynów, pełni grzywna orzekana na podstawie art. 33 § 2 k.k., tj. grzywna orzekana obok terminowej kary pozbawienia wolności, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową uzyskał. Mimo tożsamyh założeń leżących u podstaw obu przepisów, rozmiar ewentualnej dolegliwości dla sprawcy jest diametralnie różny. Grzywna limitowana jest określonymi w ustawie „widełkami” (art. 33 § 1 i 3 k.k.), natomiast w odniesieniu do przepadku korzyści, którą sprawca mógł uzyskać, brak jakichkolwiek ograniczeń. Po trzecie, nowe brzmienie przepisu jest nie do pogodzenia z zakazem retroaktywności norm prawa karnego. Praktyczne konsekwencje tego przepisu oznaczają, że będzie się go stosować do majątku nabytego przez sprawcę do 5 lat przed wejściem w życie ustawy. Co więcej, art. 23 ustawy zmieniającej stanowi, że art. 45 § 1a–2 i art. 45a § k.k. w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą stosuje się także w sprawach dotyczących czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz że w tych sprawach nie stosuje się art. 4 § 1 k.k. Zatem przepis będzie działał nie tylko w sposób pośredni retroaktywnie przez objęcie swym zakresem okresu 5 lat wstecz od popełnienia przestępstwa po wejściu w życie ustawy, ale znajdzie także zastosowanie do już toczących się spraw i wcześniej popełnionych czynów zabronionych, co stanowi jawne i oczywiste złamanie konstytucyjnej zasady *lex retro non agit* w prawie karnym (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP). Wyłączenie na gruncie przepisów przejściowych zasady płynącej z art. 4 § 1 k.k., mówiącej o tym, że należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeśli jest ona względniejsza dla sprawcy, jest niedopuszczalne, ponieważ zasada ta wynika wprost z art. 42 Konstytucji. Przepis ten ma bowiem charakter gwarancyjny i nie można za pomocą przepisów *lex specialis* zmieniać jego istoty. Mając na względzie penalny charakter konfiskaty mienia w jej nowej odsłonie, nie spo-

²⁸ W. Cieślak, A. Marek, T. Oczkowski, J. Raglewski, op. cit., s. 801–802.

sób uznać za racjonalne, by sprawca działający przed wejściem w życie noweli mógł przewidywać, że w przyszłości skutki jego działania rozciągnięte zostaną także na czas przed popełnieniem czynu zabronionego. Punktem odniesienia dla reguł intertemporalnych prawa karnego jest czas popełnienia czynu zabronionego oceniany zgodnie z art. 6 § 1 k.k. Tymczasem art. 45 § 2 k.k. w nowym brzmieniu oraz art. 23 noweli wprowadzają wbrew tym zasadom dodatkowy punkt odniesienia, który rozciąga się na okres od 5 lat wstecz od popełnienia czynu zabronionego aż do chwili wydania nieprawomocnego wyroku w sprawie. Literalna wykładnia omawianych przepisów nie wytrzymuje konfrontacji z wykładnią art. 42 ust. 1 Konstytucji, w świetle którego przepis ten znajduje zastosowanie wobec wszelkich form odpowiedzialności karnej związanych z wymierzaniem kar i wszelkich innych form reakcji karnej²⁹.

Trzeba stwierdzić, że regulacja krajowa znajduje zastosowanie w dużo większym zakresie, niż przewiduje to dyrektywa. W punkcie 21 uwag wprowadzających dyrektywa stanowi, że

Konfiskata rozszerzona powinna być możliwa, jeżeli sąd jest przekonany, że dane mienie pochodzi z działalności przestępczej. [...] wystarczające może być na przykład stwierdzenie przez sąd, w oparciu o ocenę prawdopodobieństwa, lub w racjonalny sposób założeń, że znacznie bardziej prawdopodobne jest, że dane mienie uzyskano z działalności przestępczej niż z działalności innego rodzaju. W tym kontekście sąd musi rozważyć szczególne okoliczności sprawy, w tym fakty i dostępne dowody, w oparciu o które można wydać decyzję o konfiskacie rozszerzonej. Nieproporcjonalność mienia danej osoby do jej legalnych dochodów może stanowić jedną z okoliczności stanowiących podstawę stwierdzenia przez sąd, iż mienie to pochodzi z działalności przestępczej. Państwa członkowskie mogą również wprowadzić wymóg określonego przedziału czasowego, w trakcie którego mienie można uznać za pochodzące z działalności przestępczej³⁰.

Co prawda nowe brzmienia art. 45 § 2 k.k. wprowadza ograniczenie czasowe dla orzekania przepadku wobec majątku sprawcy, niemniej jednak posługuje się odmiennymi od dyrektywy przesłankami jego orzeczenia. Ustawa posługuje się bowiem kategoriycznym sformułowaniem: „za korzyść uważa się mienie [...], chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”³¹, podczas gdy dyrektywa stwarza jedynie możliwość rozszerzenia konfiskaty na mienie wcześniej nabyte i posługuje się

²⁹ *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, komentarz do art. 42, teza nr 59.

³⁰ Punkt 30 preambuły dyrektywy.

³¹ Art. 45 § 2 k.k. *in fine*.

przy tym sformułowaniami ocennymi, w których decydujące znaczenie ma proces dowodzenia i stanowisko sądu w tej sprawie. Dyrektywa stwierdza także, że „skuteczne zapobieganie przestępczości zorganizowanej i zwalczanie jej powinno jednak polegać na neutralizacji korzyści pochodzących z przestępstwa i powinno zostać rozszerzone, w niektórych przypadkach, na wszelkie mienie pochodzące z działalności przestępczej”³². Mimo że już na gruncie noweli lutowej z 2015 roku w treść przepisu art. 45 § 2 k.k. wprowadzone zostało domniemanie przestępczego pochodzenia majątku sprawcy nabytego w okresie od popełnienia przestępstwa do wydania nieprawomocnego wyroku, rozwiązanie to w żaden sposób nie może zostać uznane za prawidłowe. Za tym rozwiązaniem nie mogą przemawiać akty prawa międzynarodowego³³ ze względu na podstawowe znaczenie w tym zakresie Konstytucji RP³⁴.

Kluczowym punktem stosowania przepadku w jego rozszerzonej wersji jest zatem pochodzenie majątku sprawcy z przestępstwa, co powinno zostać niezbicie dowiedzione przez oskarżyciela. Na gruncie nowego brzmienia przepisu aktualne pozostają kontrowersje związane z szerokim określeniem granic przepadku. Art. 45 § 2 k.k. *in fine* nadal określa je, wskazując na „mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł”³⁵, ponieważ zakłada bardzo szerokie działanie ustawy. Swym zakresem obejmować będzie nie tylko mienie, którego właścicielem stał się sprawca, ale także mienie, w którego posiadanie sprawca wszedł w wyniku umowy najmu, komisu czy jakiegokolwiek innej zakładającej powierzenie mu określonej rzeczy. Prowadzić to będzie do możliwości orzeczenia przepadku rzeczy osoby trzeciej niezależnie od trybu określonego w art. 44 § 7 i 44a § 2 k.k. Końcówka przepisu art. 45 § 2 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą lutową z 2015 roku stanowi *novum* w prawie karnym i jest wyrazem przeciwdziałania bezsilności państwa w zwalczaniu przestępstw gospodarczych, kładąc nacisk na aspekt prewencyjny, zwiększający ryzyko majątkowe związane z popełnianiem tego typu przestępstw³⁶.

³² Pkt 1 preambuły dyrektywy.

³³ *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I...*, op. cit., komentarz do art. 45, teza nr 28.

³⁴ Ibidem, komentarz do art. 45, teza nr 29; M. Błaszczak, *Najnowsze zmiany przepisów dotyczących przepadku korzyści majątkowej (art. 45 KK)*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak et al., Warszawa 2016, s. 7–18.

³⁵ Art. 45 § 2 k.k. *in fine*.

³⁶ *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I...*, op. cit., komentarz do art. 45, teza nr 24.

Zmiany w obrębie regulacji procesowej

Nowela, śladem zmian w kodeksie karnym zapewniających realizację praw osób trzecich, których mienie zagrożone jest przypadkiem, wprowadza nowe instytucje procesowe w kodeksie postępowania karnego. Zadość temu mają czynić przepisy rozdziałów 10a i 10b k.p.k. umieszczone w dziale III k.p.k. Przepisy te zostały jednak wprowadzone niekonsekwentnie i stoją w sprzeczności z nowymi regulacjami kodeksu karnego. Nowy art. 91a § 1 k.p.k. stanowi, że jeżeli w związku z popełnieniem czynu zabronionego osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, uzyskała korzyść majątkową lub świadczenie określone w art. 405–407, art. 410 i art. 412 Kodeksu cywilnego od Skarbu Państwa, jednostki samorządowej, państwowej lub samorządowej jednostki organizacyjnej, podmiotu, dla którego organ samorządu jest organem założycielskim, spółki prawa handlowego z większościowym udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządowej, to na wniosek prokuratora sąd, stosując przepisy prawa cywilnego, zobowiązuje tę osobę lub jednostkę do zwrotu korzyści albo jej równowartości uprawnionemu podmiotowi lub orzeka przepadek świadczenia lub jego równowartości na rzecz Skarbu Państwa. Rozwiązanie to w ogóle nie powinno znaleźć się w kodeksie postępowania karnego ze względu na jego wybitnie materialny charakter. Co więcej, przepis ten nie odnosi się do korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa, a jedynie do korzyści uzyskanej bez podstawy prawnej (art. 405 k.c.), świadczenia nienależnego (art. 410 k.c.) oraz świadczenia spełnionego w zamian za dokonanie czynu zabronionego lub w celu niegodziwym (art. 412 k.c.). Przepis ten w żaden sposób nie koresponduje więc z wprowadzonymi nowelą zmianami w obrębie przypadku przedmiotów i korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa. *Ratio legis* tego przepisu sprowadza się jedynie do łącznego rozpoznania sprawy karnej za dokonane przestępstwo, w związku z którym zostało spełnione świadczenie. W sposób całkowicie lakoniczny z kolei uregulowany został kolejny nowy podmiot, określony w rozdziale 10b k.p.k., składającym się z jednego przepisu, art. 91b k.p.k., jako „właściciel przedsiębiorstwa zagrożonego przypadkiem”. Ustawa stanowi jedynie, że podmiotowi temu przysługują prawa strony w zakresie czynności procesowych odnoszących się do tego środka. Owemu podmiotowi służyć więc będą stosowane odpowiednio uprawnienia oskarżonego w zakresie czynności odnoszących się do ustalenia tego, czy przedsiębiorstwo doń należące służyło do popełnienia przestępstwa lub ukrycia uzyskanej z niego korzyści majątkowej oraz stanu świadomości wła-

ściciela w tym zakresie. W szczególności podmiotowi działającemu na prawach strony przysługiwać będą odpowiednie wnioski dowodowe oraz prawo do wypowiadania się w sprawie.

Uwagi końcowe

Nowelizacja, która ma za zadanie dopasować polskie ustawodawstwo do standardów unijnych, idzie znacznie dalej, jeśli chodzi o represyjny charakter przepadku. Mimo że dyrektywa pozwala krajom członkowskim na bardziej restrykcyjne uregulowanie kwestii przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa, zasadne jest, aby regulacja krajowa nie odbiegała zbyt od norm unijnych. Nowa możliwość przepadku przedsiębiorstwa sprawcy z art. 44a k.k. jest sprzeczna z zasadami i celami tej instytucji. Z kolei znaczne rozszerzenie przepadku w art. 45 k.k. jest sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami odpowiedzialności karnej. Wątpliwości budzi przerzucenie ciężaru dowodzenia legalności majątku własnego pochodzącego sprzed 5 lat od dokonania przestępstwa na oskarżonego bądź osobę trzecią. Skłonność organów ścigania do wykorzystywania tego typu środków każe z dużą ostrożnością podchodzić do racjonalności owego przepisu oraz jego praktycznego funkcjonowania. Niewątpliwie przepis ten nie wytrzymuje konfrontacji z konstytucyjną zasadą nieretroaktywności przepisów karnych w zakresie, w jakim umożliwia się jego stosowanie do czasu, zanim wszedł w życie. Ustawa przewiduje także wyraźne zwiększenie odpowiedzialności osoby trzeciej za przestępstwo, rozbudowując przesłanki możliwości orzeczenia przepadku jej mienia, w rezultacie czego wprowadzono do kodeksu postępowania karnego dwa nowe rozdziały regulujące uprawnienia tych osób. Również te przepisy zawierają pewien mankament, ponieważ nowy art. 91a § 1 k.p.k. ma dobitnie materialny charakter, a co więcej, wprowadza całkowicie nową, nieznaną kodeksowi karnemu podstawę zwrotu świadczenia. Nową regulację w zakresie, w jakim znacznie odbiega ona od wymogów dyrektywy unijnej, należy ocenić negatywnie jako zbyt ingerującą w sferę własności jednostki. Należy przemyśleć, czy stosowanie nowych środków walki z przestępczością będzie zawsze adekwatne do stopnia ich społecznej szkodliwości i zawinienia. Z powyższych powodów niezbędne wydają się stosowne zmiany w omawianej regulacji, które zniwelowałyby wątpliwości co do konstytucyjności tych przepisów. W pierwszym rzędzie wśród postulatów *de lege ferenda* wymienić należy zmianę ciężaru dowodzenia co do pochodzenia majątku sprawcy, o którym mowa w art. 45 § 2 k.k. O ile specyfika przestępstw gospodarczych może uzasadniać pewnego

rodzaju ułatwienia dla organów ścigania w zakresie zwalczania tego rodzaju przestępczości (zgodnie z dyrektywą), o tyle całkowite odwrócenie ciężaru dowodzenia w tym zakresie jest niedopuszczalne. Biorąc pod uwagę gamę środków prawnych przysługujących organom ścigania, nie jest uzasadnione, by wyposażać je w dodatkowe mechanizmy, które z góry zakładają o nielegalnym pochodzeniu całego majątku sprawcy. Całkowitej zmiany wymaga także intertemporalny zakres stosowania nowych przepisów. Artykuł 23 ustawy nowelizującej jest w sposób oczywisty niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz podstawowymi założeniami prawa karnego. Biorąc pod uwagę istniejący od pewnego czasu kryzys funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego, to na sądach orzekających w sprawach karnych będzie spoczywał obowiązek odpowiedniej interpretacji przepisów w ramach tak zwanej rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw. Pożądanym rozwiązaniem tej kwestii będzie stwierdzenie niekonstytucyjności art. 23 ustawy, który wprowadzał wyjątek od art. 4 § 1 k.k., co skutkować będzie tym, iż praktyczne stosowanie przepisów o nielegalnym pochodzeniu majątku zgromadzonego na 5 lat przed popełnieniem czynu stanie się możliwe dopiero po upływie 5 lat od wejścia tych przepisów w życie. Niewątpliwie nowa regulacja przepisów o przepadku zawiera wiele mankamentów natury prawnej. Z tego powodu trudno ją ocenić jednoznacznie pozytywnie czy negatywnie. Niewątpliwie jednak w obowiązującym kształcie regulacja ta będzie stanowić skuteczny element zwalczania przestępczości gospodarczej.

CRITICAL ANALYSIS OF THE AMENDMENT ON THE CONFISCATION OF EXTENDED CONFISCATION – DISCUSSION OF CHANGES IN THE CRIMINAL CODE AND CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Passed by Parliament in February 2017. New rules confiscation significantly extend the possibility of its use. The main changes in chapter Va of the Penal Code based on introduction of a new variation of corporate confiscation, the extension of the time limits and the confiscation of the proceeds of crime and the inclusion of those third parties. These changes are dictated by the EU Anti-Organisation Directive and aim at harmonizing Member States' legislation to facilitate the fight against cross-border crime.

KEYWORDS

confiscation, enterprise, retroactivity, repression

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

1. Błaszczuk M., *Najnowsze zmiany przepisów dotyczących przepadku korzyści majątkowej (art. 45 KK)*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak et al., Warszawa 2016.
2. Cieślak W., Marek A., Oczkowski T., Raglewski J., *Przepadek i środki kompensacyjne*, [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej. System Prawa Karnego*, t. VI, red. M. Melezini, Warszawa 2016.
3. Gałązka M., *Rzecz w prawie karnym – pojęcie cywilnoprawne czy autonomiczne?*, „Studia Prawnicze KUL” 2013, z. 1 (53).
4. Hachoł T., Olszewski B., *Konfiskata rozszerzona w świetle unormowań prawnych*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, z. II.
5. *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
6. *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016.
7. Kulesza C., Starzyński P., *Powrót konfiskaty mienia?*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3.
8. Malicka A., Sikora M., *Prawnokarna ochrona własności*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2009, t. III.
9. Ochnio A., *Konfiskata korzyści z przestępstwa – nowe rozwiązania w prawie Unii Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 4.

AKTY PRAWNE

1. Druk sejmowy nr 1186, Sejm VII kadencji.
2. Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., DzU 2005, nr 18, poz. 158.
3. Konwencja Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., DzU 2008, nr 165, poz. 1028.
4. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, DzU nr 13, poz. 94.
5. Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, DzU 2015, poz. 396.
6. Ustawa z dnia 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw, DzU nr 14, poz. 84.
7. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, DzU UE L 127.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

1. Rządowy Proces Legislacyjny, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12285851> [dostęp: 15.03.2017].
2. Stępniewska A., *Penalizacja życia gospodarczego – przepadek przedsiębiorstwa*, [online] <http://www.codozasady.pl/penalizacja-zycia-gospodarczego-przepadek-przedsiębiorstwa/> [dostęp: 15.03.2017].

MILENA GARWOL

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
E-MAIL: MGARWOL@WP.PL

Problem przedawnienia karalności zbrodni przeciwko ludzkości w świetle Kodeksu karnego – kilka uwag na kanwie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 roku o sygn. I KZP 7/15

STRESZCZENIE

Motywytem przewodnim opracowania jest omówienie problemu przedawnienia karalności zbrodni przeciwko ludzkości na gruncie polskiego prawa karnego, a także szerzej – definiowania tego pojęcia. Materia ta, wynikła w toku rozpoznawanej przed Sądem Najwyższym sprawy dotyczącej przestępstw popełnionych w okresie obowiązywania w Polsce stanu wojennego, winna być badana w kontekście norm prawa międzynarodowego, przede wszystkim w oparciu o przepisy Statutu Rzymskiego, ustanawiającego Międzynarodowy Trybunał Karny. Wywiedziono tezę, iż podstawą oceny danego przestępstwa jako zbrodni przeciwko ludzkości są postanowienia tej umowy międzynarodowej, ponieważ stanowi ona akt prawa stojący wyżej niż Kodeks karny w hierarchii źródeł prawa obowiązującego na terenie Rzeczypospolitej. Także względy funkcjonalne, między innymi chęć ujednolicenia praktyki orzekania o tego rodzaju przestępstwach w państwach-stronach Statutu, przemawiają za przyjęciem obranego założenia. W analizowanej sprawie dyskusyjna wydaje się jednak możliwość wydania orzeczenia karnego na podstawie przepisów nieobowiązujących w chwili popełnienia czynu.

SŁOWA KLUCZOWE

przedawnienie karalności, zbrodnia przeciwko ludzkości, Statut Rzymski, Międzynarodowy Trybunał Karny

Wstęp

Niniejsze opracowanie dotyczy problemu prawnego wynikłego na kanwie sprawy zaskarżonej przed Sądem Najwyższym w trybie kasacji. Orzekający w trzyosobowym składzie sąd (zwany dalej sądem pytającym) miał wątpliwości co do wykładni prawa i na podstawie art. 59 Ustawy z dnia 23 listopada 2002 roku o Sądzie Najwyższym¹ przedstawił zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia sądowi siedmiu sędziów (zwanemu dalej sądem orzekającym). Zadano pytanie o następującej treści: „Czy umyślne pozbawienie wolności innej osoby może być uznane za zbrodnię przeciwko ludzkości, której karalność nie ulega przedawnieniu, nawet jeżeli nie realizuje znamion czynu zabronionego określonego w art. 118a § 2 pkt 2 k.k.?”. W komentowanej uchwale wyrażono pogląd, że umyślne pozbawienie wolności trwające krócej niż siedem dni może, przy spełnieniu pewnych warunków, stanowić niepodlegającą przedawnieniu zbrodnię przeciwko ludzkości. Złożoność problematyki oraz jej praktyczna doniosłość przemawiają za pochyleniem się nad twierdzeniami wyrażonymi przez Sąd Najwyższy w powyższym orzeczeniu. W pierwszej kolejności należy przytoczyć istotne dla dalszych wywodów aspekty stanu faktycznego sprawy.

Stan faktyczny sprawy

J.W., będącego w 1981 roku Komendantem Wojewódzkim Milicji Obywatelskiej, wyrokiem Sądu Rejonowego w S. uznano winnym popełnienia ciągu 59 przestępstw kwalifikowanych w oparciu o art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 189 § 2 w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu², stanowiącego według sądu orzekającego zbrodnię przeciwko ludzkości, za której popełnienie orzeczono karę dwóch lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres próby lat trzech. Czyny polegały na wydaniu decyzji o internowaniu osób o odmiennych poglądach politycznych w okresie od 12 grudnia 1981 roku do stycznia 1982 roku. Podstawą prawną pozbawienia wolności pokrzywdzonych był Dekret z dnia 12 grudnia 1981 roku o ochronie bezpieczeństwa Państwa i porządku publicznego³, opublikowany w Dzienniku Ustaw z 17 grudnia 1981 roku.

¹ DzU 2013, poz. 499 – tekst jednolity.

² DzU 1998 nr 155, poz. 1016 z późn. zm.

³ Zob. *Dekret o stanie wojennym* (DzU 1981 nr 29, poz. 154).

Po rozpoznaniu apelacji sąd odwoławczy zmienił wyrok sądu I instancji, wymierzając J.W. karę dwóch lat pozbawienia wolności, przy czym wyeliminowano z opisu czynu ustalenie, że stanowi on zbrodnię przeciwko ludzkości. Prawomocny wyrok został zakwestionowany przez obrońcę oskarżonego.

Rozpoznający kasację skład Sądu Najwyższego, nie podzielając (zresztą w pełni słusznie) argumentacji skarżącego co do braku realizacji znamion zarzucanego czynu, uznał jednak za zasadne rozważenie kwestii przedawnienia karalności, co na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. obliguje sąd do uchylenia orzeczenia i umorzenia postępowania w razie uznania, iż oskarżony nie popełnił zbrodni przeciwko ludzkości. Należy mieć na uwadze, że już na poziomie art. 43 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej ustrojodawca wyraził zasadę o braku przedawnienia tego typu przestępstw, co zostało powtórzone w art. 105 § 1 k.k. W postanowieniu sądu pytającego wyrażono pogląd, że bezprawne pozbawienie wolności internowanych w sprawie trwało krócej niż siedem dni, co nie wypełniło znamion typu z art. 118a § 2 pkt 2 k.k. Z tego też powodu wyłoniła się kwestia, czy zachowania sprawcy mogły stanowić zbrodnię przeciwko ludzkości w świetle prawa międzynarodowego. W postanowieniu o przekazaniu sprawy przytoczono argumenty wspierające i odrzucające tę koncepcję.

Problematyka prawna

Zanim omówiona zostanie treść uchwały, należy poświęcić uwagę problemowi dotyczącemu długości internowania pokrzywdzonych. Sąd pytający wywiódł, iż od momentu opublikowania dekretu działanie J.W. stało się legalne, stąd karalne pozbawienie wolności pokrzywdzonych trwało jedynie pięć dni. Z tą tezą w odpowiedzi na kasację nie zgodził się Zastępca Prokuratora Generalnego – Dyrektor Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciw Narodowi Polskiemu. Pogląd ten ma odzwierciedlenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 marca 2011 roku o sygn. K 35/08⁴, w którym nie zakwestionowano mocy obowiązującej dekretu *ex tunc*.

Abstrahując od samej treści orzeczenia TK, zasadne wydaje się spojrzenie na ten problem z innej perspektywy. Przestępstwo pozbawienia wolności stanowi tak zwane przestępstwo trwałe, stąd nie bez racji jest twierdzenie, że „zamach sprawcy na wolność innego człowieka trwa dotąd, jak długo trwa utrata jego wolności”⁵. Aprobując koncepcję, jakoby bezpraw-

⁴ DzU 2011 nr 64, poz. 342.

⁵ *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski et al., Warszawa 2015, s. 484.

ność pozbawienia wolności rozciągała się na cały czas internowania, nie sposób zaakceptować stanowiska, iż dopuszczalna będzie konwalidacja działania sprawcy, a wydany później akt prawny, formalnie nieobowiązujący w czasie internowania, usprawiedliwi bezprawne postępowanie oskarżonego. Przyjęcie odmiennego założenia budzi nie tylko zastrzeżenia natury aksjologicznej, ale też rodzi pewną niekonsekwencję. Skoro bowiem legalność zachowania sprawcy w danym czasie ma zależeć od późniejszej decyzji ustawodawcy, niezależnej przecież od woli obywatela, pod znakiem zapytania staje kwestia respektowania przez ustawodawcę zasady niedziałania prawa wstecz. Załóżmy, że Dekret zostałby ogłoszony 20 grudnia 1981 roku. Wtedy problem dotyczący długości pozbawienia pokrzywdzonych wolności w ogóle by nie zaistniał. Ewentualne usprawiedliwienie lub umniejszenie bezprawia za czyn sprawcy zależałoby od podjęcia aktywności nie przez niego samego (co ma miejsce w razie zaistnienia kodeksowych kontraktów⁶), ale inny podmiot. Po drugie, zachowawczo należałoby podchodzić do koncepcji pozwalającej na legalizację pozbawienia wolności decyzją ustawodawcy, w szczególności w razie nadużycia uprawnień przez funkcjonariuszy publicznych w połączeniu z popełnieniem któregośkolwiek przestępstwa z art. 189 k.k.⁷ Tym sposobem władza ustawodawcza mogłaby uzyskać dowolność w kreowaniu sytuacji prawnej obywateli, zwłaszcza pokrzywdzonych, których uprawnienia w procesie karnym mogłyby zostać ograniczone bądź nawet zniwelowane. Dodatkowo, w przypadku nagannego zachowania przedstawicieli państwa ograniczono by tym sposobem jego odpowiedzialność względem pokrzywdzonych (choćaby cywilnoprawną). Sąd Najwyższy w siedmioosobowym składzie zaaprobował stanowisko sądu pytającego, przychylając się także do argumentacji zawartej w orzeczeniu TK. Wydaje się, że w uchwale poświęcono tej tematyce stosunkowo mało uwagi, co zapewne było spowodowane chęcią wydania orzeczenia dotyczącego bezpośrednio zadanego pytania. Mimo zaznaczonych wątpliwości wnioski o możliwej kwalifikacji czynu zabronionego jako zbrodni przeciwko ludzkości, nawet w razie braku realizacji znamion z art. 118a § 1 pkt 2 k.k.,

⁶ Choćby w razie odpiernia bezpośredniego i bezprawnego zamachu w ramach obrony koniecznej (art. 25 § 1 k.k.) czy też działania w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru chronionemu prawem o wyższej niż dobro ratowane wartości w ramach stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność (art. 26 § 1 k.k.).

⁷ Warto zwrócić uwagę, iż w dniu 13 lipca 2017 roku weszła w życie nowelizacja Kodeksu karnego (DzU 2017, poz. 773) zmieniająca brzmienie art. 189 § 3, mówiąca o tym, że jeśli pozbawienie wolności, o którym mowa w § 1-2a przytaczanego artykułu, łączyło się ze szczególnym udręceniem, sprawca będzie podlegał karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata.

w zasadniczej części godne są aprobaty. Świadczy o tym szereg zawartych w orzeczeniu argumentów (głównie natury systemowej), które zostaną omówione poniżej. W pierwszej kolejności należy przyrzeć się dogłębnie definicji „zbrodni przeciwko ludzkości”. W aktach prawnych rangi krajowej oraz międzynarodowej niejednokrotnie posłużono się właśnie tym pojęciem. Nie powielając rozważań obu sądów, warto zauważyć, że w latach czterdziestych ubiegłego stulecia⁸ po raz pierwszy wskazano, na czym miałyby polegać zbrodnie przeciwko ludzkości. Mimo szerokiego objaśnienia tego pojęcia uznanie, iż zachowanie J.W. wypełnia jego znamiona, musiałoby się cechować daleko idącą ostrożnością. Internowanie raczej nie byłoby tutaj kwalifikowane jako „obracanie ludzi w niewolników” bądź „inny czyn nieludzki”, ale ewentualnie jako „prześladowanie ze względów politycznych”. Przy takim założeniu zadaniem sądu orzekającego byłoby wyjaśnienie w uzasadnieniu wyroku, dlaczego zachowanie J.W. stanowiło „prześladowanie” innych osób, co wymagałoby poczynienia dalej idących ustaleń faktycznych, dotyczących negatywnego stosunku sprawcy do czynu (podobnie jak ma to miejsce przy „znęcaniu się” nad inną osobą z art. 207 k.k. lub „uchylaniu” od obowiązku alimentacyjnego z art. 209 k.k.). Z treści obu orzeczeń Sądu Najwyższego nie wynika, by postępowanie skazanego J.W. miało stanowić realizację którejkolwiek z wymienionych form popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości. Z kolei art. I Konwencji o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, podpisanej 26 listopada 1968 roku w Nowym Jorku⁹, odsyła do definicji zawartej we wcześniej wspomnianym akcie prawnym. W świetle postanowień obu umów nie jest istotne, czy inkryminowane czyny są sprzeczne z prawem wewnętrznym Państw-stron. Ważne, by realizowały znamiona ujęte w przepisach międzynarodowych.

Najnowszym aktem prawno-międzynarodowym normującym tę problematykę jest Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego¹⁰, do którego brzmienia odnoszą się oba orzekające sądy. Art. 7 Statutu wymienia w sposób enumeratywny, jakie zachowania należy rozumieć pod pojęciem „zbrodni przeciwko ludzkości”. Co warte podkreślenia, w ust. 1 wyraźnie wskazano, iż definicję tę skonstruowano na jego potrzeby. Takie sformułowanie wydaje się przesądzać kwestię tego, czy pojęcie „zbrodni przeciwko ludzkości” mieści się w terminie „zbrodnia” w rozumieniu art. 7 polskiego

⁸ Zob. art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dołączonej do porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej z dnia 8 sierpnia 1945 roku (DzU 1947, nr 63, poz. 367).

⁹ DzU 1970 nr 26, poz. 208.

¹⁰ DzU 2003 nr 78, poz. 780.

k.k. Należy sądzić, że definicja „zbrodni przeciwko ludzkości” skonstruowana jest autonomicznie, właśnie na potrzeby Statutu rzymskiego, w oderwaniu od podziałów przestępstw ustanawianych w Państwach-stronach umowy. Skoro stronami Statutu są kraje wywodzące się z różnych kultur prawnych, nie da się wybrać wewnętrznego porządku prawnego, według którego ustanawiano by definicje legalne w akcie prawa międzynarodowego. Co więcej, to, jaki podział przestępstw przyjmuje się w danym państwie, zależy wyłącznie od decyzji jego ciała ustawodawczego.

Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy, zgodnie z treścią Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów¹¹ nieuprawnione jest definiowanie pojęć użytych w aktach prawa międzynarodowego poprzez odwołanie się do ich treści nadanej w prawie krajowym. Oczywiście nie widać przeszkód, by interpretacji dokonywać w sposób odwrotny, mając przede wszystkim na względzie fakt, iż prawo międzynarodowe stanowi część krajowego porządku prawnego, a co więcej – niejednokrotnie obejmuje pierwszeństwo w razie kolizji z przepisami wewnętrznymi. Nic nie stoi też na przeszkodzie, by dorobek prawa międzynarodowego był wykorzystywany przez organy państw-stron, nawet jeśli w art. 7 Statutu zaznaczono, iż definicja „zbrodni przeciwko ludzkości” jest skonstruowana na jego potrzeby. W każdym akcie normującym odpowiedzialność represyjną, niezależnie od jego rangi, ramy ponoszenia przez poszczególne osoby karnoprawnych konsekwencji powinny być możliwie precyzyjnie określone, a to poprzez tworzenie definicji i typów czynów. Również sam Statut nie zawiera wskazania co do możliwości jego stosowania przez organy poszczególnych państw, tak więc nie należy wywodzić zakazu bezpośredniego stosowania Statutu przez Państwa-strony. Biorąc to pod uwagę, także występkę unormowaną w polskim Kodeksie karnym mogą stanowić zbrodnię przeciwko ludzkości w świetle prawa międzynarodowego w przypadku spełnienia odpowiednich przesłanek. Również czyn zabroniony cechujący się tożsamym opisem czynności sprawczej może być zbrodnią albo występkiem. Dobrym tego przykładem jest chociażby przestępstwo zgwałcenia z art. 197 k.k. Na potrzeby wsparcia wysnutych też warto odwołać się do argumentów natury prawnoporównawczej¹². Jeżeli weźmie się pod uwagę terminologię anglojęzyczną, należy zwrócić uwagę, iż w nowszej literaturze tego kręgu przedstawiciele doktryny coraz rzadziej posługują się pojęciami *felonies* czy *misdemeanours*, natomiast coraz częściej używają zwrotu *crimes* w znaczeniu zbrodni. Dodatkowo, jeże-

¹¹ DzU 1990 nr 74, poz. 439.

¹² Sposoby regulacji dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości – zob. T. Iwanek, *Zbrodnia ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015, s. 187–191.

li chodzi o prawo karne międzynarodowe, widać tendencję do odróżniania pojęć *international crimes* i *international ordinary delicts*, stanowiących zwykłe przestępstwa międzynarodowe¹³. Posłużenie się terminem „zbrodnie” miało na celu uwypuklenie tego, że MTK zajmuje się sprawami najbardziej doniosłymi dla społeczności międzynarodowej, a przy tym cechującymi się największym ciężarem gatunkowym¹⁴. Patrząc na tę kwestię z perspektywy niemieckiego kodeksu karnego (Strafgesetzbuch, StGB), w § 12 występuje podział na *Verbrechen* (zbrodnie zagrożone karą pozbawienie wolności od roku, a więc odmiennie niż według art. 7 § 2 k.k.) i *Vergehen* (występki). Opisywana kwestia ciekawie przedstawia się w § 126 StGB dotyczącym przestępstw przeciwko powszechnemu pokojowi. W tym przepisie odniesiono się do regulacji art. 7 *Völkerstrafgesetzbuches* (Kodeksu karnego przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu – tłum. własne), ustanawiającego definicję zbrodni przeciwko ludzkości, różniącą się nieco od tej zawartej w Statucie Rzymskim, a także osobne typy czynów zabronionych wraz z określonymi przez tę ustawę sankcjami karnymi. Takie rozwiązanie wydaje się nie tylko interesujące, ale i ułatwiające procedowanie w konkretnych sprawach. Wątpliwości może budzić, czy przyjęcie tego rodzaju zmian w prawodawstwie przez niemieckiego ustawodawcę w prawidłowy sposób odzwierciedla zasadę komplementarności wyrażoną w art. 17 Statutu. Według tego przepisu MTK jest władny do orzekania wtedy, gdy państwo nie jest w stanie wykonać swoich powinności (*unable*) albo nie wyraża ku temu woli (*unwilling*)¹⁵. Problematyczne w tej perspektywie będzie określenie, czy tę zasadę należy rozumieć w kontekście proceduralnym (co nie budzi zastrzeżeń), czy też materialnoprawnym. Mając na względzie samo brzmienie art. 17 Statutu rzymskiego, nie widać przeszkód, by Państwo-strona ustanawiało własne przepisy o charakterze materialnoprawnym, które dookreślałyby znamiona przestępstw zawartych w Statucie. Z pewnością taki zabieg legislacyjny musiałby pozostawać w zgodzie z brzmieniem Statutu jako części krajowego porządku prawnego. Podobną drogą poszedł polski ustawodawca, nowelizując w 2010 roku Kodeks karny¹⁶ w celu jego dostosowania do treści regulacji międzynarodowych. Umieszczenie art. 118a k.k. w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wo-

¹³ K. Banasik, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim*, Warszawa 2013, s. 444 i n. oraz przywołana tam literatura obcojęzyczna.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ *Rome Statute of the International Criminal Court*, [online] <http://legal.un.org/icc/index.html> [dostęp: 6.04.2017].

¹⁶ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (DzU z 2010 r., nr 98, poz. 626).

jennych (choć nie zbrodni) świadczy o tym, że polski ustawodawca zaakceptował definicję „zbrodni przeciwko ludzkości” przyjętą w Statucie rzymskim. Także fakt, że nowelizacja kodeksu miała miejsce po jego wejściu w życie, w sposób jednoznaczny uzasadnia zakładane przez ustawodawcę krajowego cele.

Warto podkreślić, iż treść art. 118a k.k. różni się nieco od definicji „zbrodni przeciwko ludzkości” przyjętej w umowie międzynarodowej z 1998 roku, co także może rodzić pewne komplikacje. Dla dalszego wywodu kluczowe zdaje się zbadanie relacji zachodzących między znaczeniami pojęć przyjętych w Kodeksie karnym i Statucie rzymskim. Najpierw zważyć należy na miejsce międzynarodowej umowy prawnej w polskim porządku prawnym. Statut rzymski jako akt prawny ratyfikowany w trybie art. 89 Konstytucji, za uprzednią zgodą wyrażoną na drodze ustawowej, stanowi część krajowego porządku prawnego i w razie kolizji z polską ustawą winien mu zostać nadany prym (art. 91 ust. 2 Konstytucji). Mając na względzie fakt obowiązywania powyższej umowy międzynarodowej w rodzimym porządku prawnym, można pokusić się o wniosek (choć daleko idący), że polskie sądy powinny opierać swoje wyroki bezpośrednio na treści Statutu. Taki pogląd może stawiać pod znakiem zapytania jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Karnego, gdyż to Państwa-strony umowy mogłyby ją przejąć w nieformalny sposób. Ponadto, dopuszczenie takiej możliwości przeczyłoby sensowi dokonywania przez poszczególne kraje zmian w systemach prawa wewnętrznego, co jest istotne z punktu widzenia uszczegółowienia zasad odpowiedzialności karnej osób pozostających pod ich jurysdykcją. Właściwym rozwiązaniem będzie więc odnalezienie wspólnego mianownika dla wskazanych definicji, a także udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące dopuszczalności połączenia zakresu tych pojęć.

W opisywanym stanie rzeczy twierdzenie, że przepisy polskiego Kodeksu karnego dopełniają definicję przyjętą w Statucie rzymskim, właściwie nie budzi zastrzeżeń. To, czy dane zachowanie stanowi „zbrodnię przeciwko ludzkości”, powinno zostać najpierw zbadane w kontekście art. 7 Statutu rzymskiego, gdyż stanowi on przepis ogólny w stosunku do art. 118a k.k. Pewnego rodzaju dopełnienie opisu czynu zabronionego stanowi zawarte w polskim Kodeksie karnym twierdzenie, iż do zachowań wymienionych w art. 118a k.k. ma dojść w ramach masowego zamachu bądź w jednym z powtarzających się zamachów skierowanych przeciwko grupie ludności, podjętych w celu wykonania lub wsparcia polityki państwa lub organizacji, czego nie przewiduje definicja wyrażona w art. 7 Statutu. W tej sytuacji ocena zachowania skazanego winna być oparta zarówno na treści Statutu rzym-

skiego, jak i przepisach Kodeksu karnego, doprecyzowujących opis „zbrodni przeciwko ludzkości”.

Jeżeli dany organ orzekający w sprawie (sąd bądź prokurator umarżający postępowanie na zasadzie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.) dojdzie do wniosku, iż nie widać dostatecznych przesłanek do uznania konkretnego zachowania sprawczego za „zbrodnię przeciwko ludzkości”, winien podejmować decyzję w oparciu o art. 118a k.k. Z perspektywy praktyki prawniczej przyjęcie oceny odnośnie do realizacji znamion zbrodni przeciwko ludzkości przez konkretnego sprawcę powinno mieć odzwierciedlenie w opisie czynu zarzucanego w akcie oskarżenia (lub przypisanego w wyroku skazującym) oskarżonemu, co w realiach sprawy miało miejsce choćby poprzez użycie formuły „przyjmując, iż czyn zarzucany/przypisany podejrzanemu/oskarżonemu stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości w myśl prawa międzynarodowego”. Jest też wysoce pożądane, by w opisie czynu odwołano się wprost do postanowień Statutu rzymskiego czy też powołano je w kwalifikacji prawnej czynu. Odwołanie się przez organ do treści art. 7 będzie uzasadnione przede wszystkim z perspektywy kontroli podejmowanych w toku postępowania karnego decyzji procesowych. Jeśli dalsze prowadzenie postępowania karnego ma zależeć od tego, czy doszło do przedawnienia karalności przestępstwa, opis czynu powinien zawierać elementy przemawiające za tą właściwością, tak aby organ odwoławczy mógł się ustosunkować do tez zawieranych w rozstrzygnięciach końcowych. Omawiany postulat ma również swoje zakorzenienie w przepisach procesowych. Zgodnie z art. 332 § 1 pkt 2 k.p.k. akt oskarżenia powinien zawierać dokładne określenie zarzucanego oskarżonemu czynu, ze wskazaniem czasu, miejsca, sposobu i okoliczności jego popełnienia oraz skutków, a zwłaszcza wysokości powstałej szkody. Z kolei art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. wymaga, by wyrok skazujący zawierał dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikację prawną. Sądzić należy, iż elementem owej łączącej oba rodzaje pism „dokładności opisu czynu” byłoby właśnie odwołanie do regulacji międzynarodowych, skoro definicja ujęta w Statucie rzymskim stanowi podstawę wszelkich rozważań. Ewentualne stwierdzenie, iż zachowanie sprawcy ma cechy zbrodni przeciwko ludzkości, jest oczywiście relewantne dla samego orzeczenia. Należy jeszcze raz podkreślić, iż merytoryczne rozstrzygnięcie co do odpowiedzialności karnej pomimo przedawnienia karalności niesie z sobą poważny skutek procesowy, a mianowicie konieczność uchylenia orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia (art. 439 § 1 pkt 9 kpk w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 kpk). W tym kontekście oba sądy, zarówno pytający, jak i orzekający, słusznie odnoszą się do kwestii umiejscowienia Statutu rzymskiego w systemie źródeł prawa i jego relacji do Kodeksu karnego, przy czym drugi

z nich odgrywa w rzeczywistości rolę podrzędną w stosunku do pierwszego. W tej sytuacji należy się zgodzić z poglądem Andrzeja Ringa na temat tego, iż okres pozbawienia pokrzywdzonego wolności nie będzie kluczowy dla oceny, czy przestępstwo jest „zbrodnią przeciwko ludzkości”. W związku z tym autor kwestionuje konieczność zadania pytania przez trzyosobowy skład Sądu Najwyższego¹⁷.

Jeżeli zaś ma się na względzie inne akty rangi ustawowej, w których znajduje się odniesienie do terminu „zbrodni przeciwko ludzkości”, należy omówić definicję zawartą w Ustawie z 18 grudnia 1998 roku o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu. Według art. 3 wskazanej ustawy:

[...] zbrodniami przeciwko ludzkości są w szczególności zbrodnie ludobójstwa w rozumieniu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, przyjętej w dniu 9 grudnia 1948 r. (DzU z 1952 r. nr 2, poz. 9, z późn. zm.), a także inne poważne prześladowania z powodu przynależności osób prześladowanych do określonej grupy narodowościowej, politycznej, społecznej, rasowej lub religijnej, jeżeli były dokonywane przez funkcjonariuszy publicznych albo przez nich inspirowane lub tolerowane¹⁸.

Z kolei w art. 4 wyrażono zasadę, iż zbrodnie popełnione na osobach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innych narodowości w okresie od 1 września 1939 roku do 31 lipca 1990 roku, **stanowiące według prawa międzynarodowego** zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, nie ulegają przedawnieniu. Odesłanie w polskiej ustawie do norm międzynarodowych dodatkowo wspiera pogląd o tym, iż każda ocena co do analizowanej okoliczności zaostrzająca odpowiedzialność karną ma być oparta na przesłankach ze Statutu rzymskiego (zważywszy na to, iż był on przyjęty przed uchwaleniem polskiej Ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej). Bardziej interesująca wydaje się kwestia, czy objaśnienie z art. 3 Ustawy o IPN powinno mieć odzwierciedlenie przy ocenie „zbrodni przeciwko ludzkości” na równi z przepisami Statutu. Wydaje się, iż na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, Ustawa o IPN nie jest ustawą karnoprawną w znaczeniu materialnym. Reguluje ona jedynie kwestie wymienione w art. 1, z reguły o charakterze administracyjnym¹⁹. Także zawarte w niej przepisy karne dotyczą naruszeń

¹⁷ A. Ring, *Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2015 r., I KZP 7/15*, LEX 2015.

¹⁸ DzU 2016, poz. 1575.

¹⁹ W Ustawie o IPN wskazuje się, że do ścigania zbrodni stosować należy przepisy Kodeksu postępowania karnego, co jednak nie ma wpływu na czynione w tekście rozważania materialnoprawne.

samej ustawy, nie odnosząc się w żadnym stopniu do „zbrodni przeciwko ludzkości” w rozumieniu prawa międzynarodowego. Dodatkowo wskazać trzeba, że definicja zawarta w polskiej ustawie jest węższa niż statutowa, stąd niejednokrotnie nie zajdzie potrzeba jej powoływania w danej sprawie. Oczywiście aktualny pozostaje pogląd co do wyższości Statutu w hierarchii źródeł prawa, co stanowi kolejny argument za przyjęciem tego aktu prawnego jako podstawy wszelkich rozważań.

Zakończenie

Przeprowadzona tu dość krótka analiza problemu świadczy o tym, że Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę godną aprobaty. Zgodzić się należy ze stanowiskiem sądu orzekającego, który zwrócił uwagę, iż wykładnia pojęcia „zbrodnia przeciwko ludzkości” dokonana na gruncie tego stanu faktycznego nie powinna mieć zastosowania do przestępstw popełnionych przed obowiązywaniem w krajowym porządku prawnym Statutu rzymskiego. Trzeba przypomnieć, iż oskarżony dopuścił się czynów kilkanaście lat wcześniej, co w świetle postanowień tejże umowy międzynarodowej (art. 24 ust. 1), jak i Kodeksu karnego (nowelizacja rozdziału XVI weszła w życie dopiero w 2010 roku) stanowi przeszkodę, by orzekać w oparciu o wskazane przepisy. Interesującym, choć jeszcze bardziej złożonym zagadnieniem jest możliwość retroaktywnego stosowania zakazu przedawnienia karalności w stosunku do zbrodni prawa międzynarodowego, co jednak z powodzeniem może stanowić przedmiot odrębnego opracowania.

THE PRESCRIPTION PERIOD OF PUNISHABILITY IN CASE OF CRIMES AGAINST HUMANITY – A FEW REMARKS BASED ON THE SUPREME COURT’S SENTENCE PASSED ON 14TH OCTOBER 2015, I KZP 7/15

ABSTRACT

The aim of this short essay was to present some essential aspects of the prescription period of punishability in case of ‘crimes against humanity’ according to the sentence no I KZP 7/15. This procedural problem is about crimes committed during the state of emergency in Poland in 1981. The author agrees with the statement passed by the Supreme Court – it was generally said that even an ‘internal’ misdemeanour can be described as a ‘crime against humanity’. It was mentioned that the norms of international law can be applied by a state court while sentencing about ‘crime against humanity’. The higher power of an international in system of legal sources and other equity reasons are the most important arguments supporting thesis included in this article. On the other hand the author doubts that Rome Statute can be applied in case happened over thirty years ago.

KEYWORDS

crime against humanity, period of punishability, Rome Statute, International Criminal Court

BIBLIOGRAFIA

1. Banasik K., *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim*, Warszawa 2013.
2. Iwanek T., *Zbrodnia ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015.
3. Nowak C., *Wpływ procesów globalizacyjnych na polskie prawo karne*, Warszawa 2014.
4. *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski et al., Warszawa 2015.
5. Ring A., *Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2015 r., I KZP 7/15*, LEX 2015.

MAGDALENA JANSSEN

UNIwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego
E-MAIL: MAGDALENAJANSSEN@GMAIL.COM

Ochrona członków najbliższej rodziny spadkodawcy na ziemiach polskich w ujęciu historycznoprawnym

STRESZCZENIE

Spór pomiędzy prawem spadkodawcy do swobodnego dysponowania mieniem a jego powinnością wobec najbliższych wzbudza wiele emocji oraz jest źródłem problemów legislacyjnych. Jest to związane z tym, iż na powstanie roszczenia o zachówek ma wpływ wiele czynników. Ustawodawca, regulując powyższe kwestie, nieustannie obraca się w kręgu sprzecznych interesów uprawnionego do zachowku i zobowiązanego do jego zapłaty. Nie ma przy tym jedynego właściwego wzorca, którym mógłby się kierować. Podjęcie badań nad procesem kształtowania się swobody testowania i związanych z nim ograniczeń ma istotny wpływ na zrozumienie istoty sprawy, a co za tym idzie – inicjowanie właściwych działań prawodawczych w tym obszarze. Nie bez podstawy bowiem w doktrynie podnosi się, że prawo spadkowe jest w Polsce zaniedbane, a historycznoprawna analiza w tym zakresie unikatowa. Osadzenie przeprowadzonych badań w kontekście społeczno-kulturowym pozwoliło na wskazanie silnych zależności pomiędzy ewolucją swobody testowania i jej ograniczeniami a procesami przemian społecznych, znajdującymi swe odbicie w strukturze i ekonomicznym modelu funkcjonowania rodziny. W niniejszej pracy sięgnięto do wzorcowych regulacji prawa rzymskiego, zwyczajów prawnych okresu średniowiecza, przeanalizowano genezę pierwszych europejskich kodyfikacji oraz proces unifikacji i kodyfikacji prawa polskiego w zakresie podjętej problematyki.

SŁOWA KLUCZOWE

zachówek, spadkodawca, spadkobierca, dziedziczenie

Wstęp

Pełne zrozumienie określonej instytucji prawnej wymaga cofnięcia się do najdawniejszych faz jej rozwoju. Perspektywa historyczna stanowi nie tylko doskonałą bazę przy dokonywaniu wykładni obowiązujących przepisów, ale może też okazać się pomocna przy formułowaniu wniosków *de lege ferenda*. W doktrynie podnosi się, iż prawo spadkowe jest w Polsce nieco zaniedbane, a historycznoprawna analiza w tym zakresie pozostaje absolutnie unikatowa¹. Warto jednak podkreślić, że zastosowanie metody historycznej zapobiega pomyłkom, polegającym na nieuzasadnionym przenoszeniu do krajowego porządku prawnego teoretycznych konstrukcji zaczerpniętych z obcego systemu prawnego lub też z innych przyczyn niezgodnych z poglądami prawnymi społeczeństwa na określonym etapie jego rozwoju².

Współczesne prawodawstwa posługują się zasadniczo dwoma systemami przyznawania najbliższemu spadkodawcy określonych praw, mających zastosowanie po jego śmierci niezależnie od jego woli. Pierwszym z nich jest rezerwa, drugim zachówek³.

Istota rezerwy sprowadza się do tego, iż spadek dzieli się na dwie części. Pierwsza podlega swobodnej dyspozycji spadkodawcy, wobec drugiej wszelkie rozrządzenia są wyłączone. Spadkobiercy konieczni z chwilą otwarcia spadku dochodzą do dziedziczenia z mocy ustawy części rezerwowej. Są więc oni spadkobiercami ustawowymi niezależnie od woli spadkodawcy w tym zakresie⁴.

W systemie zachowku spadkodawca nie jest ograniczony w zakresie dysponowania swoim majątkiem. Osoby uprawnione do zachowku mają w stosunku do spadkobierców jedynie roszczenie o zapłatę określonej sumy pieniężnej, stanowiącej równowartość danej części spadku, nie mogą natomiast domagać się dopuszczenia do dziedziczenia⁵.

¹ P. Kowalski, *Z badań nad prawem spadkowym w projekcie kodeksu cywilnego z 1948*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. XII, s. 264.

² F. Zoll, A. Ohanowicz, *Prawo cywilne dzielnic polskich w zarysie*, Poznań 1924, s. 1.

³ L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 307. Wyrażenie „zachówek” używane jest w dwóch znaczeniach. W znaczeniu pełniejszym określa ono instytucję (niezależnie od jej cech konstrukcyjnych) służącą do zapewnienia osobom bliskim spadkodawcy pewnej korzyści ze spadku niezależnie od woli spadkodawcy w tym zakresie. W ujęciu węższym „zachówek” oznacza jedynie roszczenie o zapłatę określonej sumy pieniężnej liczonej od wartości spadku. Ujęcie węższe wyklucza możliwość domagania się dopuszczenia do dziedziczenia (J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w kodeksie cywilnym PRL*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 5–6, s. 278–279).

⁴ P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 30.

⁵ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967, s. 279.

Regulacje prawa rzymskiego u podstaw nowożytnych i współczesnych kodyfikacji

Na kanwie niniejszych rozważań zasadne wydaje się zwrócenie uwagi na kształt regulacji rodzinnych i spadkowych w prawie rzymskim. Jak podkreśla Franciszek Longchamps de Bérrier: „trudno o bardziej rzymską gałąź prawa aniżeli spadki”⁶. Pomimo że Polska bezpośrednio nigdy nie znalazła się pod rzymskim panowaniem, wpływ tamtejszych rozwiązań na nasz system prawny nie jest kwestionowany.

Rodzina w prawie rzymskim pełniła społecznie donioślejszą funkcję niż kiedykolwiek potem w historii Europy. Idea władzy ojcowskiej sięgała znacznie szerzej aniżeli jej dzisiejsze pojmowanie, skupione przede wszystkim na potrzebie otoczenia pieczą dziecka. W ręku ojca rodziny spoczywała troska o wszystkich jej członków i cały majątek. Władza zwierzchnia ojca stanowiła wówczas zasadniczy element wewnętrznej organizacji społeczeństwa. Relacje rodzinne co do zasady wyjęte były spod regulacji prawnych państwa, zaś majątek rodzinny postrzegano jako ekonomiczną jedność skupioną w rękach *pater familias*. Tylko jemu przysługiwała zdolność bycia podmiotem rodzinnych praw majątkowych. Był jedynym właścicielem, zarządcą i dysponentem tego, co do niej należało. To wyłącznie w gestii ojca leżało zabezpieczenie interesów swych następców, tak aby gromadzony przez wieki majątek rodzinny mógł być przez nich przejęty i pomnażany⁷.

Ochrona najbliższych członków rodziny przed skutkami swobodnego dysponowania majątkiem kształtowała się powoli. W swej początkowej fazie miała przede wszystkim charakter formalny, ponieważ wydziedziczenie nie wymagało uzasadnienia. Osoby znajdujące się pod władzą ojcowską spadkodawcy w chwili sporządzania testamentu musiały zostać w nim ujęte jako powołane do dziedziczenia bądź wydziedziczone⁸. Poprzez to spadkodawca, spełniając tylko określone warunki formalne, zyskiwał możliwość rozrządzenia całym swoim majątkiem w dowolny sposób. Spotkało się to z powszechną krytyką, a końcowy okres republiki charakteryzował się odchodzeniem od całkowitej swobody testowania. Zwrócono wówczas uwagę, iż majątek winien pozostawać w rodzinie. Uznawano, iż nakazem moralności jest, aby spadkodawca także po swojej śmierci zadbał o swoich bliskich⁹.

⁶ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 241.

⁷ Ibidem, s. 200–201.

⁸ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 482.

⁹ P. Księżak, op. cit., s. 26.

Wraz ze schyłkiem prawa poklasycznego upowszechniła się instytucja zachowku rozumiana jako część przysługująca najbliższemu spadkodawcy¹⁰. Prawo do jego otrzymania ulegało zmianom. Początkowo nie wskazywano osób, którym miałyby przysługiwać¹¹. Z czasem przyjęto zasadę, iż legitymowane czynnie do wniesienia skargi o obalenie testamentu są te osoby, które dziedziczyłyby *ab intestato*, a nie otrzymały chociażby minimalnego udziału ze spadku¹². Szczególną pozycję w tym względzie zajmowali zstępni, a w przypadku ich braku – wstępni¹³. Początkowo wysokość zachowku nie była ściśle określona, a prawo do jej każdorazowego ustalania miał sąd centumwiralny¹⁴. Z czasem przyjęto zasadę, iż uprawniony winien otrzymać $\frac{1}{4}$ majątku spadkowego, który dziedziczyłyby *ab intestato*¹⁵. Za panowania Justyniana początkowo podwyższono zachówek, po czym skorelowano jego wysokość z liczbą dzieci. Jeżeli spadkodawca posiadał maksymalnie czworo dzieci, wówczas każdemu z nich przysługiwała $\frac{1}{3}$ majątku, jaki przypadłby im w dziedziczeniu beztestamentowym. W przypadku większej liczby potomstwa każde dziecko było uprawnione analogicznie do jego połowy¹⁶.

Średniowiecze – od wspólnoty rodowej do swobody testowania

Jak wskazuje Juliusz Bardach, we wcześniejszej literaturze historycznej dzieje państwa polskiego rozpoczynają się od drugiej połowy X wieku, a więc od czasów panowania Mieszka I. Jednakże dla zrozumienia genezy ograniczenia swobody testowania w jego dzisiejszej postaci, a patrząc szerzej – mechanizmów rządzących dziedziczeniem, warto cofnąć się o kilkaset lat¹⁷.

Pierwsze wieki naszej ery pozwalają scharakteryzować panujący wówczas ustrój społeczny na dzisiejszych ziemiach polskich jako rodowo-plemienny. Ród stanowił grupę połączoną więzami pokrewieństwa i tworzył podstawową jednostkę społeczeństwa, odrębną od pozostałych pod względem produkcyjnym i majątkowym. Ówczesna gospodarka miała przede wszystkim charakter naturalny i opierała się na wspólnej pracy członków danej grupy. Zależności i związki pomiędzy poszczególnymi członkami rodu

¹⁰ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 483.

¹¹ W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 482.

¹² K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 483.

¹³ W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym oraz prawoporównawczym*, „Zeszyty prawnicze UKSW” 2008, nr 2, s. 174–175.

¹⁴ W. Osuchowski, op. cit., s. 482.

¹⁵ W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny...*, op. cit., s. 175.

¹⁶ Ibidem, s. 175–176.

¹⁷ J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, Warszawa 1973, s. 68.

były nadzwyczaj silne. Aby dobrze zobrazować panujące wówczas relacje wewnątrzrodzinne, przywołajmy fakt, iż jedną z najcięższych kar było wygnanie z rodu¹⁸. W organizacjach rodowych spadek zawsze należał do rodziny, a spadkodawca nie mógł nim w ogóle swobodnie dysponować. Było wówczas rzeczą naturalną, iż podstawą jego przejścia na następców są więzy krwi¹⁹. Nie dało się przekazać go osobom obcym, gdyż pomiędzy członkami danej wspólnoty istniała „współwłasność” rzeczy będących w ich władaniu. Śmierć jednego ze współwłaścicieli pociągała jedynie zmianę kręgu współuprawnionych. Taka konstrukcja nie przewidywała miejsca na właściwe dziedziczenie, ponieważ prawo własności określonych praw należało do rodu, a nie do jego konkretnego członka. Śmierć danej osoby nie powodowała zatem zmian majątkowych w obrębie tak funkcjonującej wspólnoty²⁰.

W związku z przewagą na terenie dawnych ziem polskich prawa zwyczajowego przez kilkadziesiąt lat po klęsce cesarstwa rzymskiego problem ochrony najbliższych spadkodawcy nie istniał. Dopiero wpływ kultury rzymskiej oraz stopniowe pojawianie się własności prywatnej dały asumpt do ukształtowania swobody testowania. Jednocześnie zaistniała potrzeba wytyczenia jej granic²¹.

Wraz z końcem XII wieku zaczęły się upowszechniać testamenty. Było to związane po części z działalnością Kościoła, który w swobodzie alienacji dóbr przez wiernych upatrywał dla siebie korzyści²². Ówczesna praktyka przyjęła pod jego wpływem wzorowaną na prawie rzymskim zasadę tak zwanej trzecizny, a więc możliwość swobodnej alienacji trzeciej części dóbr przez spadkodawcę²³. Od XIII wieku zaczęły się pojawiać testamenty wzorowane na prawie rzymskim. Na początku były one przeniknięte duchem feudalizmu, jednakże wraz z infiltracją kultury rzymskiej, w schyłkowym okresie średniowiecza, coraz bardziej zbliżały się do rzymskiego wzorca²⁴.

Początkowo zainteresowanie prawa skupiało się wyłącznie na dziedziczeniu nieruchomości, przy czym zasadniczą rolę odgrywał ich podział na dziedziczne, nadane i kupne. Zależnie bowiem od źródła pochodzenia wła-

¹⁸ Ibidem, s. 54–55.

¹⁹ K. Kolańczyk, *Studia nad relikami wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce. Rozporządzanie własnością ziemską do końca XIV wieku*, „Studia nad Historią Prawa Polskiego”, 1950, t. XX, s. 168.

²⁰ W. Borysiak, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, s. 30–31.

²¹ P. Księżak, op. cit., s. 28; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2015, s. 110.

²² M. Załucki, *Wydziedziczenie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 71.

²³ J. Bardach, op. cit., s. 509.

²⁴ L. Górnicki, op. cit., s. 297.

ściciel w różnym stopniu mógł nią swobodnie rozporządzać. Dobra nabyte i kupne nie podlegały w tym zakresie ograniczeniom. Nieruchomości dziedziczne, a więc takie, które właściciel otrzymał w drodze dziedziczenia bądź poprzez tytuł równoznaczny, stanowiły własność całej rodziny. Nazywano je spuścizną bądź ojcowizną. Nie mogły być one przedmiotem swobodnej dyspozycji ich zarządcy, w tym także dyspozycji testamentowej, która pomijałaby dziedziców koniecznych, a więc synów spadkodawcy. Dążono tym samym do zachowania majątku w obrębie rodziny. Zasadą było, że dobra dziedziczne miały powrócić do tej linii, od której spadkobierca pierwotnie je otrzymał. Stąd też zrodziła się maksyma *paterna paternis, materna maternis*²⁵.

Zachówek w czasach nowożytnych – pierwsze kodyfikacje

Pojawienie się dziedziczenia, w dzisiejszym rozumieniu tego pojęcia, związane było z ukształtowaniem się własności prywatnej²⁶. Uwolnienie go od wyżej wskazanych zaszczości i modyfikację funkcji, jaką miało ono pełnić na gruncie społecznym, należy łączyć z rozwojem handlu, miast oraz ze zmianami struktury społecznej i sposobu myślenia na przełomie XVII i XVIII wieku. Jego główną rolę zaczęto upatrywać wówczas w ochronie własności prywatnej i jej instytucjonalnym utrwaleniu²⁷.

Modyfikacja instytucji dziedziczenia zbiegła się nieprzypadkowo w czasie z dynamicznymi procesami przemian rodziny, których początek datuje się na koniec XVIII wieku. U podstaw tych przeobrażeń leżało wprowadzenie do produkcji maszyny parowej, a tym samym unowocześnienie linii produkcyjnej zmierzające do zminimalizowania udziału produkcji ręcznej. Rewolucja techniczna stała się przyczynkiem do przemian społeczno-ekonomicznych, pośrednio przemieniając także rodzinę. Powstające wówczas na dużą skalę zakłady przemysłowe zaczęły wypierać rodzinne interesy, burząc tym samym jej dotychczasowy fundament funkcjonowania. Doprowadziło to do osłabienia więzi rodzinnych oraz poszerzenia pozarodzinnej aktywności i wewnątrzrodzinnej swobody. Zbieg powyższych czynników oddalił rodzinę epoki przemysłowej od rodziny epoki preindustrialnej, której model funkcjonowania był charakterystyczny w społeczeństwie feudalnym²⁸.

Polska przedrozbiorowa nie posiadała skodyfikowanego prawa. Ułatwiło to włączenie rodzimych ziem do systemów prawnych państw zaborczych:

²⁵ M. Planioł, *O spadkach*, Warszawa 1927, s. 32.

²⁶ J. Piątowski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 19.

²⁷ W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, op. cit., s. 37.

²⁸ Z. Tysza, *Rodzina we współczesnym świecie*, Poznań 2002, s. 17–18.

Rosji, Prus i Austrii. Na terenie Księstwa Warszawskiego obowiązywało natomiast prawo francuskie²⁹. Każdy z zaborców odmiennie regulował kwestie dziedziczenia, a tym samym kwestie ochrony najbliższych spadkodawcy. Zwięzła charakterystyka rozwiązań poszczególnych systemów prawnych w tym zakresie została przedstawiona poniżej.

Kodeks Napoleona z 1804 roku zabezpieczał interesy majątkowe najbliższej rodziny spadkodawcy poprzez system rezerwy. Prawo do niej przysługiwało zstępnym oraz wstępnym. Uprawnienie z tytułu rezerwy w stosunku do zstępnym uzależnione było od ich pochodzenia (czyniono wówczas rozróżnienie na dzieci prawe, a więc pochodzące z małżeństwa, i dzieci naturalne, z tak zwanego „nieprawego łoża”)³⁰. Rozrządzenia przez spadkodawcę majątkiem za pomocą testamentu lub darowizny nie mogły przekraczać połowy majątku w sytuacji posiadania jednego dziecka prawego, trzeciej części, gdy pozostawiał dwoje dzieci, i czwartej części w sytuacji posiadania trojga bądź większej liczby dzieci (art. 913 K.N.). Uprawnienie wstępnym z tytułu rezerwy uzależnione było od tego, czy spadkodawca pozostawił po sobie zstępnym. Uzyskiwali oni prawo do części rezerwowej tylko w sytuacji ich braku. Dyspozycje spadkodawcy nie mogły przekroczyć $\frac{1}{2}$ majątku w sytuacji pozostawienia przynajmniej jednego wstępnego w każdej linii – ojcowskiej i macierzyńskiej, a $\frac{3}{4}$ w sytuacji pozostawiania wstępnym tylko w jednej z linii (art. 915 K.N.)³¹.

W austriackim kodeksie cywilnym z 1811 roku do dziedziców koniecznych zaliczano zstępnym, a w przypadku ich braku – wstępnym. Spadkodawca był zobowiązany w rozporządzeniu swej ostatniej woli, by przeznaczyć część spadku swym dzieciom, a w przypadku ich braku – rodzicom (§ 762 austr. k.c.). Prawa dzieci ślubnych i nieślubnych były tożsame³². Były one zabezpieczone instytucją zachowku wzorowaną na prawie rzymskim³³. W przypadku zstępnym wynosił on połowę tego, co przysługiwałoby im z mocy prawa (§ 765 austr. k.c.), zaś w przypadku wstępnym część ta wynosiła $\frac{1}{3}$ (§ 766 austr. k.c.)³⁴.

²⁹ E. Borkowska-Bagińska, *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2010, s. 78–79.

³⁰ Idee rewolucji francuskiej, głoszące między innymi równość pomiędzy dziećmi prawnymi i naturalnymi, zostały wtłoczone do Kodeksu Napoleona jego reformą z dnia 25 marca 1896 roku. Dziecko naturalne uzyskało wówczas status dziedzica koniecznego, jednakże nadal istniała różnica co do wielkości sched. Po reformie otrzymywało $\frac{1}{2}$ udziału, jaki przysługiwałoby mu, gdyby było dzieckiem prawnym (M. Planioł, op. cit., s. 44).

³¹ W. Walecki, *Kodeks Napoleona*, Kraków 2008, s. 52–53.

³² W. Jaworski, *Kodeks cywilny austriacki*, Kraków 1905, s. 239.

³³ D. Makiła, *Historia prawa w Polsce*, Warszawa 2008, s. 420.

³⁴ W. Jaworski, op. cit., s. 239.

Pruskie prawo krajowe z 1796 roku posługiwało się konstrukcją części obowiązkowej, do której uprawnieni byli zstępni, wstępni oraz małżonek³⁵. 1 stycznia 1900 roku zostało ono zastąpione niemieckim kodeksem cywilnym z 1896 roku. Posługiwał się on instytucją zachowku. W kręgu uprawnionych do niego znajdowali się potomkowie spadkodawcy, jego rodzice oraz małżonek (§ 2303 niem. k.c.). Podstawą do wystąpienia ze stosownym roszczeniem było uszczuplenie bądź pozbawienie uprawnionego korzyści ze spadku wskutek przeznaczenia go innej osobie, przy jednoczesnym powołaniu go do dziedziczenia ustawowego. Wysokość zachowku stanowiła połowę tego, co uprawniony otrzymałby w dziedziczeniu ustawowym (§ 2303 niem. k.c.).

Odmienny pod względem konstrukcyjnym system prawa obowiązywał na ziemiach polskich zajętych przez Rosję. Funkcjonował tam system nieskodyfikowanego prawa³⁶. Ówczesne archaiczne rozwiązania nie przewidywały ani rezerwy, ani zachowku. Pewnym ich surogatem były ograniczenia w rozrządzaniu majątkiem w zależności od źródła jego pochodzenia³⁷. Przepisy spadkowe znajdowały się w tomie X części I Zводу Praw Rosyjskich³⁸. Podług obowiązujących regulacji tylko majątki nabyte, zarówno ruchome, jak i nieruchome, mogły być przedmiotem dyspozycji testamentowej. Prawo to wyłączone było w stosunku do dóbr rodowych, którymi spadkodawca miał prawo dysponować w akcie ostatniej woli wyłącznie na korzyść najbliższych zstępnych (art. 1067 i 1068 zводу). Za pomocą testamentu miał prawo podzielić majątek rodowy pomiędzy nimi według własnego uznania. W przypadku braku zstępnych majątek rodowy mógł być przekazany jednemu z krewnych, niezależnie od stopnia pokrewieństwa, jednakże tylko z tego rodu, z którego majątek pierwotnie pochodził³⁹. W takim przypadku prawo nakładało na spadkodawcę obowiązek przekazania siódmej części dóbr rodowych na rzecz pozostałego przy życiu małżonka (art. 1068² zводу). Istniała także możliwość przekazania najdłużej żyjącemu małżonkowi majątku rodowego w dożywocie (art. 1070 zводу). Warto dodać, iż porządek dziedziczenia ustawowego, które w pierwszej linii wskazywało zstępnych (art. 1121 zводу), następnie krewnych w linii bocznej albo w określonych przypadkach rodziców, wymagał bycia członkiem da-

³⁵ D. Makiła, op. cit., s. 419.

³⁶ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 81.

³⁷ L. Górnicki, op. cit., s. 308.

³⁸ Z. Rymowicz, W. Święcicki, *Prawo cywilne ziem wschodnich*, Warszawa 1932, s. 621–622.

³⁹ Ibidem.

nego rodu (art. 1111 zводу). Zaliczane były do niego wyłącznie osoby pochodzące z prawnie uznanego przez państwo związku małżeńskiego (art. 1113 zводу).

Zachówek w zunifikowanym i skodyfikowanym prawie polskim

W odrodzonej po I wojnie światowej Polsce, na nowo tworzącej jeden organizm państwowy, obowiązywało aż pięć systemów prawnych państw zaborczych. W związku z tym jednym z podstawowych zadań mających na celu przywrócenie państwowości stała się unifikacja, a następnie kodyfikacja prawa. Na mocy ustawy z 3 czerwca 1919 roku została powołana komisja kodyfikacyjna prawa cywilnego. Prace nad unifikacją części spadkowej odbywały się pod przewodnictwem Henryka Konica, Stanisława Wróblewskiego i Kazimierza Przybyłowskiego. Wybuch II wojny światowej przerwał prace nad projektem; zdołano ustalić tylko wstępne założenia⁴⁰. W ówczesnych dyskusjach ścierały się zasadniczo dwie tendencje. Wróblewski, głęboko przywiązany do tradycji prawa rzymskiego, opowiadał się za wprowadzeniem instytucji zachowku jako najmniej ingerującej w swobodę działań spadkodawcy. Prawo do niego miało służyć zstępny oraz małżonkowi, jeżeli przyczynili się do powstania bądź przynajmniej utrzymania majątku spadkodawcy. Co do wielkości udziałów, miała ona wynosić połowę tego, co dana osoba dziedziczyłaby z ustawy⁴¹. Podkomisja Przybyłowskiego opowiadała się natomiast za systemem rezerwy. Wśród uprawnionych do niej osób mieli się znaleźć zstępni, wstępni oraz rodzice. Wysokość jej miała stanowić $\frac{1}{2}$ należnej ustawowo części spadkowej⁴². Konic nie zdążył opublikować wszystkich założeń opracowywanego projektu. Ze zgromadzonych materiałów wynika tylko, że ograniczono w nim wolność testowania na korzyść rodziny. Spadkobiercami koniecznymi mieli się stać zstępni, małżonek oraz wstępni, ale wyłącznie w sytuacji braku zstępnych. Wysokość części obowiązkowej miała wynosić połowę udziału spadkowego należnego przy dziedziczeniu ustawowym⁴³.

Mimo że ówczesne prace komisji kodyfikacyjnej nie zostały zakończone, przygotowane wówczas materiały legislacyjne z powodzeniem wykorzystano w unifikacji prawa po II wojnie światowej⁴⁴. Owocem wcześniejszych

⁴⁰ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 218–219.

⁴¹ L. Górnicki, op. cit., s. 301.

⁴² Ibidem, s. 307.

⁴³ Ibidem, s. 293.

⁴⁴ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 220.

działań było wprowadzenie w rekordowo szybkim czasie dekretu spadkowego z dnia 8 października 1946 roku. Operował on systemem zachowku. Na jego mocy spadkobiercami koniecznymi zostali zstępni, małżonek oraz wstępni, jeżeli dziedziczyliby po spadkodawcy *ab intestato* (art. 145 dekretu). Wysokość zachowku stanowiła połowę tego, co spadkobierca konieczny otrzymałby w dziedziczeniu ustawowym (art. 151 dekret). Wprowadzone wówczas rozwiązania spotkały się z przychylnymi opiniami przedstawicieli doktryny, szybko jednak przestały odpowiadać założeniom wprowadzonego wówczas w Polsce ustroju komunistycznego.

Założenia projektów z początku lat pięćdziesiątych XX wieku stanowiły raczej regres podług obowiązującego prawa. Dążono w nich do ograniczenia swobody testowania przy jednoczesnym zawężeniu grona osób uprawnionych do dziedziczenia⁴⁵. W trwających wówczas dyskusjach proponowano zmianę wysokości zachowku dla małoletnich z połowy wartości majątku spadkowego na cały bądź uzależnienie jego wysokości od liczby zstępnych, a także podwyższenie jego wysokości w stosunku do innych uprawnionych niezdolnych do pracy. Propagatorem tej tezy byli w głównej mierze Jan Wasilkowski i Aleksander Wolter. W projektach rozważano także przejście na system rezerwy. Za tą zmianą opowiadał się Wasilkowski⁴⁶. Należy zaznaczyć, iż opracowany projekt nie doczekał się ogłoszenia⁴⁷, a przemiany polityczne połowy lat pięćdziesiątych zniweczyły ówczesne próby kodyfikacji prawa spadkowego⁴⁸.

„Ogłoszenie w 1964 roku aktów kodyfikacyjnych w dziedzinie prawa cywilnego zamknęło okres wieloletnich wysiłków prawnictwa polskiego, związanych z dziełem ujednolicenia i unowocześnienia tego działu prawa”⁴⁹. Wprowadzone wówczas zmiany na gruncie prawa spadkowego, podług dekretu z 1946 roku, nie były zbyt znaczące⁵⁰. Kwestię tę wyjaśniało uzasadnienie projektu kodeksu cywilnego z 1964 roku. Wskazywano, że na ówczesnym etapie rozwoju społeczno-gospodarczego nie ma możliwości, aby unormowania prawa spadkowego w Polsce mogły pełnić funkcje podobne do tych, które mają do spełnienia w ustroju kapitalistycznym. Podkreślano, iż prawo to tworzone jest w realiach socjalizmu i do tych realiów w pełni przystaje⁵¹.

⁴⁵ Z. Radwański, *Zielona Księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 178.

⁴⁶ P. Kowalski, op. cit., s. 270–272.

⁴⁷ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego – część ogólna*, Warszawa 1974, s. 39.

⁴⁸ Z. Radwański, op. cit., s. 179.

⁴⁹ W. Czachórski, *Przebieg prac nad kodyfikacją prawa cywilnego PRL*, „Studia Prawnicze” 1970, z. 26–27, s. 5.

⁵⁰ Z. Radwański, op. cit., s. 179.

⁵¹ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w kodeksie cywilnym PRL*, op. cit., s. 707.

Na mocy art. 991 obowiązującego kodeksu cywilnego jako uprawnionych z tytułu zachowku wskazano zstępnych, małżonka oraz rodziców spadkodawcy, jeżeli byliby powołani do spadku z mocy ustawy. W tym zakresie było to powtórzenie rozwiązań dekretowych. Istotna zmiana nastąpiła w przedmiocie zróżnicowania wysokości należnego zachowku w zależności od pewnych zobiektywizowanych cech uprawnionego. W dekrecie wartość ta zawsze stanowiła połowę tego, co uprawniony otrzymałby w dziedziczeniu ustawowym, przy czym art. 161–163 prawa spadkowego wprowadzały różne kryteria ustalania substratu zachowku w zależności od tego, do jakiej grupy osób należał uprawniony. O odniesieniu do zstępnych w substracie zachowku należało uwzględniać niektóre przysporzenia i darowizny. W przypadku małżonka doliczano tylko niektóre darowizny. Substrat zachowku rodziców ustalany był bez dokonywania doliczeń. W obowiązującej regulacji wysokość zachowku jest zróżnicowana. W stosunku do małoletnich i niezdolnych do pracy wynosi $\frac{2}{3}$ tego, co uprawniony otrzymałby w sytuacji dziedziczenia ustawowego (art. 991 § 1 k.c.), pozostali uprawnieni otrzymują połowę tego, co uzyskaliby *ex lege*. Substrat zachowku ustalany jest natomiast jednakowo w stosunku do wszystkich uprawnionych⁵².

Na marginesie warto wspomnieć, że obrady zespołu kodyfikacyjnego prawa cywilnego dotyczyły także kwestii zmiany systemu zachowku na system rezerwy. Projekt ten został pierwotnie przyjęty, ale stanowisko doktryny opowiadające się za utrzymaniem zachowku pieniężnego doprowadziło w rezultacie do utrzymania go w projektowanym kodeksie⁵³.

Analiza przebiegu prac kodyfikacyjnych w dziedzinie prawa spadkowego wskazuje, iż zwieńczenie ich sukcesem nie przyszło łatwo. Działaniom komisji nie sprzyjały w szczególności „zawirowania” polityczne tamtego okresu, zmuszające niejednokrotnie do przerwania i podejmowania prac na nowo. Wymagało to dużej wytrwałości i wielu lat pracy twórczej. Niemniej jednak – zdaniem przeważającej części doktryny⁵⁴, do czego ja także się przychylam – ogólny bilans ówczesnych prac legislacyjnych należy ocenić pozytywnie.

Zakończenie

Przyglądając się powyższej analizie, nie sposób przecenić roli, jaką w badaniach historycznoprawnych instytucji prawa spadkowego odgrywa kontekst

⁵² Ibidem, s. 720.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ W. Czachórski, op. cit., s. 21; Z. Radwański, op. cit., s. 179.

społeczno-kulturowy⁵⁵. Rozwój instrumentów ochronnych prawa spadkowego jest wyraźnie związany z poszczególnymi etapami rozwoju społecznego, w szczególności ze zmianami w strukturze i modelu funkcjonowania rodziny⁵⁶. Nie ulega wątpliwości, że społeczeństwo, w tym jego fundamentalna jednostka, jaką jest rodzina, w kontekście jej składu, funkcji oraz zasad tworzenia uległo na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat daleko idącym przeobrażeniom⁵⁷. Znaczącą rolę w tym zakresie odegrały przemiany społeczno-ustrojowe po 1989 roku. Współczesna dyskusja na temat charakteru i kształtu rozwiązań normatywnych chroniących najbliższych spadkodawcy nie może przebiegać bez odpowiedzi na pytanie, czym jest dziś rodzina. Dopiero zdefiniowanie jej na gruncie prawa może pozwolić na sformułowanie konkluzji dotyczących ochrony poszczególnych jej członków mocą postanowień prawa spadkowego. Kwestia ta pozostaje otwarta i wymaga nie tylko zabiegów o charakterze prawnym, ale też podjęcia interdyscyplinarnego dyskursu, obejmującego kwestie historycznoprawne, prawnoporównawcze oraz socjologiczne.

THE PROTECTION OF THE FAMILY MEMBERS OF THE TESTATOR IN POLAND IN HISTORICAL-LEGAL CONTEXT

ABSTRACT

The dispute between testamentary freedom and the duty of a testator to take care of his family provokes a lot of emotions and causes legislation difficulties. It is connected to the fact, that a lot of factors may be relevant to the inception claims to the legitimate portion. The legislator, governing this issue, must constantly balance contrary interests between the ones entitled to the legitimate portion and the ones indebted to pay for it. There is also no confirmed model which can be used by the legislator. The undertaken studies of the evolution of testamentary freedom and its restrictions have got a significant impact on the understanding of this law institution and in consequence – can help to stimulate an appropriate law activities in this area. Not without reason the doctrine points to the fact that the succession law in Poland has been neglected and also historical-legal analysis of the issue is rare. The research is placed in a social and cultural context, which allowed us to indicate links between the evolution of testamentary freedom, its restrictions and the changing society which has had an effect on the structure and the economic model of the family functioning. This paper presents the regulations in Roman law, the legal practices of the Middle Ages, the genesis of the first European codifications and the process of the unification and the codification of the Polish law in this problematic area.

⁵⁵ A. Muszyńska, *Prawo spadkowe w latach 1918–1964 – główne postulaty badawcze*, „Z Dziejów Prawa” 2014, t. VII, s. 252.

⁵⁶ Z. Tyszka, op. cit., s. 20.

⁵⁷ I. Kotowska, *Zmiany modelu rodziny: Polska – kraje europejskie*, Warszawa 2002, s. 3.

KEYWORDS

legitimate portion, testator, heir, succession

BIBLIOGRAFIA

1. Bardach J., *Historia państwa i prawa Polski*, Warszawa 1973.
2. Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009.
3. Borkowska-Bagieńska E., *Historia prawa sądowego*, Warszawa 2010.
4. Borysiak W., *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013.
5. Borysiak W., *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym oraz prawnoporównawczym*, „Zeszyty prawnicze UKSW” 2008, nr 2.
6. Czachórski W., *Przebieg prac nad kodyfikacją prawa cywilnego PRL*, „Studia Prawnicze” 1970, z. 26–27.
7. Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bèrier F., *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.
8. Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000.
9. Grzybowski S., *System prawa cywilnego – część ogólna*, Warszawa 1974.
10. Gulczyński A., Leśnodorski B., Walachowicz J., Wiewiórkowski J., *Historia państwa i prawa*, Poznań 2002.
11. Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe w kodeksie cywilnym PRL*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 5–6.
12. Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967.
13. *Historia państwa i prawa od połowy XV wieku do 1795 roku*, red. J. Bardach, Warszawa 1966.
14. Jaworski W., *Kodeks cywilny austriacki*, Kraków 1905.
15. Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999.
16. Kolańczyk K., *Studia nad relikami wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce. Rozporządzanie własnością ziemską do końca XIV wieku*, „Studia nad Historią Prawa Polskiego”, 1950, t. XX.
17. Kowalski P., *Z badań nad prawem spadkowym w projekcie kodeksu cywilnego z 1948*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. XII.
18. Księżak P., *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010.
19. Makiła D., *Historia prawa w Polsce*, Warszawa 2008.
20. Mizielińska J., Abramowicz M., Stasińska A., *Rodziny z wyboru w Polsce*, Warszawa 2014.
21. Muszyńska A., *Prawo spadkowe w latach 1918–1964 – główne postulaty badawcze*, „Z Dziejów Prawa” 2014, t. VII.
22. Osuchowski W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962.
23. Piątoski J., Kordasiewicz B., *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011.
24. Planioł M., *O spadkach*, Warszawa 1927.
25. Radwański Z., *Zielona Księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006.
26. Rymowicz Z., Święcicki W., *Prawo cywilne ziem wschodnich*, Warszawa 1932.
27. Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2015.

28. Tyszką Z., *Rodzina we współczesnym świecie*, Poznań 2002.
29. Walecki W., *Kodeks Napoleona*, Kraków 2008.
30. Załucki M., *Wydzielnictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2010.
31. Zoll F., Ohanowicz A., *Prawo cywilne dzielnic polskich w zarysie*, Poznań 1924.

BEATA BARAN

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Zakład Prawa Karnego Wykonawczego
E-MAIL: BEATA.BARAN@GMAIL.COM

KATARZYNA POŁUDNIAK-GIERZ

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Cywilnego
E-MAIL: K.POLUDNIAK-GIERZ@DOCTORAL.UJ.EDU.PL

Perspektywa regulacji prawa do bycia „zapomnianym” w Internecie. Zarys problematyki

STRESZCZENIE

W dobie postępującej cyfryzacji oraz gromadzenia coraz większych zasobów danych istotną kwestią staje się ochrona prywatności użytkowników sieci Web przy jednoczesnym zagwarantowaniu należytej swobody wypowiedzi. W artykule prześledzona została problematyka podjęta w Rezolucji Rady Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych w sprawie promowania, ochrony i korzystania z praw człowieka w Internecie w kontekście poszanowania prawa do prywatności. Jednym z instrumentów, które mogą przyczyniać się do realizacji powyższych celów, jest prawo do bycia zapomnianym. Przedstawiona została ewolucja koncepcji prawa do bycia zapomnianym w prawie Unii Europejskiej oraz orzecznictwie unijnym i krajowym. Analizie poddano regulację prawa do bycia zapomnianym zawartą w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/679. Na tej podstawie wskazane zostały główne wyzwania oraz ryzyka związane z wejściem w życie rozporządzenia.

SŁOWA KLUCZOWE

prawo do bycia zapomnianym, Internet, prawo do prywatności, ochrona danych osobowych

Potrzeba regulacji prawa do bycia „zapomnianym”

Zgodnie z prawem Unii Europejskiej¹ dane osobowe mogą być zbierane wyłącznie przy zachowaniu ściśle określonych warunków, w zgodnym z prawem celu. Ponadto podmioty, które zbierają dane osobowe i zarządzają nimi, zobowiązane są do tego, by nie dopuścić do ich bezprawnego wykorzystania oraz respektować prawa podmiotów, od których dane pochodzą bądź też których dotyczą. Kodyfikacja reguł dotyczących przetwarzania danych osobowych nie byłaby wystarczająca do realizacji celu regulacji, gdyby nie mechanizm pozwalający na usunięcie danych osobowych, które znalazły się w sieci wbrew woli osoby, której one dotyczą, a ich przetwarzanie nie jest dozwolone na podstawie norm szczególnych.

Informacja staje się walutą w Internecie². Rozwój środowiska internetowego i wzrost prędkości przepływu oraz ilości przetwarzanych danych sprawiają, że usunięcie czy skorygowanie informacji, która już znalazła się w sieci, jest znacząco utrudnione. Osoba umieszczająca treści w sieci³ nie jest w stanie kontrolować tego, co się z nimi stanie: nie może skutecznie uniemożliwić ich zwielokrotniania, wyszukiwania czy pozycjonowania.

Dostęp do strony internetowej zwykle nie jest ograniczony terytorialnie. Dane są przesyłane i pozyskiwane przez podmioty prywatne i publiczne ponad granicami państwowymi. Sprzeczne przepisy dotyczące ochrony danych w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej utrudniają określenie granic prawa do prywatności oraz wolności wypowiedzi w przypadku informacji, które znalazły się w sieci.

Choć konkurencyjność zasad wolności wypowiedzi i prawa do prywatności nie jest w doktrynie prawa zjawiskiem nowym, rozwój technologii informacyjnej sprawia, że pojawiają się wciąż nowe dylematy związane z ochro-

¹ Lit. b, ust. 1, art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (DzU UE L119/89, 4.05.2016).

² J. Ausloos, *The 'Right to be Forgotten' – Worth Remembering?*, "Computer Law & Security Review" 2012, No. 28 (2), s. 143–152.

³ Problem dotyczy informacji upublicznionych, ale także przesłanych za pośrednictwem sieci internetowej. Nawet jeśli informacja pojawi się na zastrzeżonym profilu, regulamin użytkowania narzędzia może zawierać postanowienia dotyczące możliwości użytkowania danych przez inny podmiot lub przejścia niektórych praw autorskich do danej treści.

ną istoty obu tych zasad⁴. Jednym z nich jest tak zwane prawo do bycia zapomnianym⁵.

W pierwszej części opracowania przedstawiono globalną perspektywę ochrony praw człowieka w świecie wirtualnym, z naciskiem na prezentację aktualnych tendencji normatywnych. Zaprezentowano kontekst, w ramach którego w systemie ONZ rodzą się mechanizmy i inicjatywy przyjmujące potrzebę regulacyjną prawa do bycia zapomnianym jako kolejnej gwarancji realizacji praw człowieka. W drugiej części pracy przedstawiony został dorobek orzecznictwa unijnego i krajowego, kluczowy w ocenie autorów z punktu widzenia kształtowania się koncepcji prawa do bycia zapomnianym. Podjęte inicjatywy, mające na celu ujednolicenie zasad dotyczących ochrony danych osobowych w ramach Unii Europejskiej, doprowadziły do uchwalenia dyrektywy (UE) 2016/680 oraz rozporządzenia (UE) 2016/679⁶, regulujących wyrażnie prawo do bycia zapomnianym. Konstrukcja ta została poddana ocenie w oparciu o *case study*. Poza zakresem prowadzonych badań pozostały geneza i aksjologia samego prawa do bycia zapomnianym.

Międzynarodowa ochrona praw człowieka w przestrzeni Internetu

Problematyka ochrony praw człowieka w Internecie stanowi zarazem konieczność i wyzwanie stojące przed systemami prawnymi XXI wieku. Zagadnienia te podnoszone są również w ramach zinstytucjonalizowanych działań Organizacji Narodów Zjednoczonych. Godna analizy pozostaje ewolucja podejścia ONZ do omawianych kwestii. Ochrona praw podstawowych, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do prywatności, wolności wypowiedzi oraz prawa do nauki, stała się osią działań ONZ, które doprowadziły do

⁴ Potrzeba utworzenia jednolitych ram prawnych w Unii Europejskiej jest dostrzegana również wśród społeczeństw krajów unijnych. *Special Eurobarometer 359. Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, s. 181, [online] http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf [dostęp: 13.08.2017].

⁵ Czym innym są prawo do zapomnienia (prawo do niepamięci) i prawo do bycia zapomnianym. Pierwsze z nich oznacza nieprzywoływanie danego historycznego wydarzenia z uwagi na upływ czasu od jego wystąpienia, drugie zaś odnosi się do prawa jednostki, by usunięto jej dane oraz zaprzestano ich przetwarzania, jeżeli przestały być potrzebne do zgodnych z prawem celów.

⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (DzU UE L 119/1 4.05.2016).

podjęcia rezolucji Zgromadzenia Ogólnego, wydania decyzji i publikacji raportów specjalnych Rady Praw Człowieka. W literaturze wskazuje się na wiodącą rolę państwa w obszarze przestrzegania, ochrony i realizacji praw człowieka⁷.

Pionierskim aktem okazała się rezolucja Rady Praw Człowieka z dnia 5 lipca 2012 roku⁸. Jest w niej wskazane wprost, iż prawa należne i chronione w świecie rzeczywistym powinny być także chronione *on-line*. W szczególności akcentowane jest tu swobodne korzystanie z wolności wypowiedzi oraz niezależność od granic administracyjnych, a także kanału komunikacji internetowej, z jednoczesnym poszanowaniem art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Rezolucja wzywa wszystkie państwa do promocji oraz ułatwiania dostępu do Internetu przy jednoczesnej współpracy międzynarodowej ukierunkowanej na rozwój mediów i przepływ informacji⁹.

Kolejne akty prawne poświęcone ochronie praw człowieka w przestrzeni internetowej zostały wydane w formie rezolucji Rady Praw Człowieka w 2014¹⁰ oraz 2016 roku¹¹. Nowym aspektem ochrony, podniesionym w rezolucji z 2014 roku¹², była promocja dostępu do Internetu jako narzędzia wspierającego alfabetyzację cyfrową oraz dostęp do informacji. Państwa zostały także wezwane do rozwiązania problemów bezpieczeństwa oraz zapewnienia ochrony swobody wypowiedzi, wolności zgromadzeń, poszanowania prywatności i innych praw człowieka *on-line*. Postulowano powołanie państwowych, demokratycznych, transparentnych i działających w oparciu o zasadę praworządności instytucji, mogących zapewniać swobodę i bezpieczeństwo w sieci. Dzięki temu Internet mógłby stać się czynnikiem generującym rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny. Rezolucja wzywa państwa do stworzenia i przyjęcia – przy udziale partnerów społecznych i zastosowaniu transparentnych procedur krajowych – polityk publicznych zwią-

⁷ M. R. Bjarnadóttir, *Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn*, "JIPITEC" 2016, No. 7 (3), s. 204, [online] <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-3-2016/4509> [dostęp: 23.02.2017].

⁸ The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 29.06.2012, A/HRC/20/L.30.

⁹ Ibidem.

¹⁰ The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 20.06.2014, A/HRC/26/L.24.

¹¹ The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 27.06.2016, A/HRC/32/L.20.

¹² The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 20.06.2014, A/HRC/26/L.24.

zanych z Internetem, które potwierdzą globalny i otwarty charakter sieci Web. Ich podstawą winno być dążenie do realizacji praw człowieka, a celem – powszechny dostęp do zasobów sieciowych.

Rezolucja A/HRC/32/L.20 Rady Praw Człowieka ONZ¹³ w swoich tezach kładzie nacisk na walkę z wykluczeniem cyfrowym oraz zmniejszenie nierówności w dostępie do Internetu. W dokumencie potępiono podejmowanie jednoznacznych kroków ukierunkowanych na ograniczenie lub uniemożliwienie rozpowszechniania za pomocą Internetu informacji dotyczących naruszeń prawa człowieka. Wezwano państwa do powstrzymania się od takich działań lub ich zakończenia. Co istotne, w rezolucji położono nacisk na walkę z dyskryminacją oraz przemocą, a także promocję tolerancji i dialogu. Przeniesieniem na grunt praktyczny oraz weryfikacją zawartych w dokumencie tez będzie raport poświęcony sposobom niwelowania przepaści cyfrowej pomiędzy płciami z perspektywy praw człowieka¹⁴. Także Zgromadzenie Ogólne ONZ podjęło relewantne uchwały dotyczące ochrony praw podstawowych w erze cyfrowej, w szczególności zaś prawa do prywatności¹⁵.

Istnieje zgodność co do tego, iż w cyberprzestrzeni mają być chronione prawa człowieka, które gwarantowane są obecnie *off-line*. Teza ta została przyjęta nie tylko przez agendy Organizacji Narodów Zjednoczonych, ale również przez podmioty znajdujące się w otoczeniu społeczno-gospodarczym (na przykład podmioty działające w branży IT oraz organizacje pozarządowe). Takie wnioski zostały przedstawione w dokumencie podsumowującym The Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance, odbywający się w Sao Paulo w kwietniu 2014 roku¹⁶. Spotkanie to stanowiło forum debaty pomiędzy przedstawicielami poszczególnych państw, międzynarodowej społeczności internautów, Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego, Departamentu ds. Społecznych i Ekonomicznych, Sekre-

¹³ The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 27.06.2016, A/HRC/32/L.20.

¹⁴ *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on ways to bridge the gender digital divide from a human rights perspective*, [online] <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/WaystoBridgetheGenderDigital.aspx> [dostęp: 9.02.2017].

¹⁵ Por. General Assembly Resolution 68/167 on the right to privacy in the digital age, 18.12.2013; General Assembly Resolution 69/166 on the right to privacy in the digital age, 18.12.2014; General Assembly Resolution 71/199 on the right to privacy in the digital age, 16.11.2016.

¹⁶ *NETmundial Multistakeholder Statement*, Sao Paulo 2014, s. 4, [online] <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf> [dostęp: 9.02.2017].

tariatu ONZ oraz Komisji Europejskiej. Po raz pierwszy opracowano dokument *soft law* dotyczący zasad ładu internetowego¹⁷. Na pierwszym planie znalazły się kwestie dotyczące poszanowania i ochrony praw człowieka w oparciu o wspólne i podstawowe wartości prezentowane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Wiodącą tezę zawartą w dokumencie podsumowującym jest teza o uniwersalności praw człowieka. Obowiązują one w porządku internetowym oraz są podstawą ładu internetowego. Wskazano, iż ochronę praw przynależnych *off-line* należy przenieść także na grunt rzeczywistości *on-line* zgodnie z wynikającymi z Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka zobowiązaniami.

W ramach ochrony praw człowieka w przestrzeni internetowej na pierwszy plan wysuwa się gwarancja poszanowania dwóch kwestii szczególnie narażonych na naruszenia i silnie z sobą związanych: prawa do wolności wypowiedzi oraz prawa do prywatności. Zarówno wolność wypowiedzi, jak i prawo do prywatności w kontekście działań w sieci uznawane są za należące do tak zwanej kategorii praw cyfrowych (*digital rights*)¹⁸.

Prawo do bycia zapomnianym – zarys kontekstu

Konieczność wdrożenia mechanizmów ochrony prawa do prywatności wymuszona przez rozwój technologiczny została zauważona już w 1890 roku¹⁹. Wiek XX i początek wieku XXI, niosąc z sobą gwałtowny rozwój technologii informacyjnej, usunęły bariery techniczne i instytucjonalne w rozpowszechnianiu oraz odbiorze informacji, umożliwiając natychmiastowe i trwałe udostępnianie wszelkich treści w formacie cyfrowym niemal nieograniczonej liczbie podmiotów. Widoczna stała się potrzeba ochrony osób, których dane osobowe znalazły się w sieci Web i ulegają trwałemu upublicznieniu wbrew ich woli. Jednym z mechanizmów ochronnych miało być prawo do bycia zapomnianym.

Z uwagi na budowę sieci internetowej problem w praktyce obejmował trzy kwestie:

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ W. H. Dutton, A. Dopatka, G. Law, V. Nash, *Freedom of Connection, Freedom of Expression, UNESCO Series on Internet Freedom*, [online] <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf> [dostęp: 13.08.2017].

¹⁹ S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, "Harvard Law Review" 1890, No. 4, s. 195.

- I. publikowanie elementów danych osobowych na jakiegokolwiek stronie www w Internecie (strona źródłowa),
- II. przedstawianie przez wyszukiwarkę internetową wyników wyszukiwania, które kierują użytkownika Internetu do źródłowej strony internetowej,
- III. automatyczne przesyłanie do dostawcy usług wyszukiwania danych osobowych wyszukującego.

Kształtowanie się prawa do bycia zapomnianym w prawie unijnym²⁰

Dotychczas kwestie dotyczące prawa do bycia zapomnianym były regulowane przez dyrektywę 95/46/WE²¹, implementowaną do polskiego porządku prawnego ustawą o ochronie danych osobowych²². Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 ustawy każdej osobie przysługuje prawo do kontroli przetwarzania danych, które jej dotyczą, zawartych w zbiorach danych, a zwłaszcza prawo do żądania uzupełnienia, uaktualnienia, sprostowania danych osobowych, czasowego lub stałego wstrzymania ich przetwarzania lub ich usunięcia, jeżeli są one niekompletne, nieaktualne, nieprawdziwe lub zostały zebrane z naruszeniem ustawy albo są już zbędne do realizacji celu, dla którego zostały zebrane, jak również (pkt 7) żądania zaprzestania przetwarzania danych ze względu na jej szczególną sytuację.

W dyrektywie, a następnie w prawie krajowym zabrakło jednoznacznego wskazania, czy owo roszczenie o uzupełnienie, uaktualnienie, sprostowanie czy usunięcie danych może być kierowane wyłącznie do podmiotu odpowiedzialnego za stronę źródłową, czy również do podmiotu odpowiedzialnego za narzędzie wyszukiujące. Wątpliwości może też budzić zakres informacji, które zostały objęte ochroną. Chronione są dane osobowe rozumiane jako wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej²³. Tymczasem informacje o użytkowniku sieci

²⁰ O kształtowaniu się koncepcji prawa do bycia zapomnianym zob. J. Żak, *Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym”*, [w:] *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2014, passim.

²¹ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (DzU UE L z dnia 23 listopada 1995 r.).

²² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (DzU 1997, nr 133, poz. 883 ze zm.).

²³ Termin „dane osobowe” użyty w art. 3 ust. 1 dyrektywy 95/46 został zdefiniowany w art. 2 lit. a) tej dyrektywy.

zbierane przez inne podmioty nie zawsze stanowią dane osobowe – istnieją także dane, na podstawie których można wnioskować o sytuacji, cechach, potrzebach i zainteresowaniach osoby lub grupy osób (na przykład korzystających z danego komputera), nie muszą one jednak pozwalać na zidentyfikowanie konkretnej osoby i odkrycie jej tożsamości. Tym samym wydaje się, że poza zastosowaniem regulacji mogą się znaleźć mechanizmy zbierające dane oparte na profilowaniu grupowym.

Ocena możliwości powołania się przez osobę, której dane osobowe zostały opublikowane na stronie www, na ochronę gwarantowaną przez dyrektywę 95/46/WE nie nastroczała trudności. Trybunał już w wyroku w sprawie Lindqvist wskazał, że „przetwarzanie danych osobowych w całości lub w części w sposób zautomatyzowany”²⁴ w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 95/46 obejmuje „każdą operację lub zestaw operacji dokonywanych na danych osobowych przy pomocy środków zautomatyzowanych lub innych”²⁵, jako przykłady wskazując ich ujawnianie poprzez transmisję i rozpowszechnianie lub udostępnianie w inny sposób. Umieszczenie na stronie internetowej danych osobowych, pozwalające na dostęp do nich nieoznaczonej liczbie osób, jest wystarczające do realizacji przesłanki przetwarzania. Wątpliwy pozostaje natomiast automatyzm tegoż przetwarzania, gdyż dane muszą zostać wpisane lub załadowane na stronę źródłową przez osobę. Jednak nawet w takim przypadku, według aktualnie stosowanych procedur technicznych i informatycznych, czynności niezautomatyzowane użytkownika sieci będą połączone z procesami zautomatyzowanymi – załadowaniem strony źródłowej na serwer oraz przeprowadzeniem operacji, które uczynią tę stronę dostępną dla osób mających połączenie z Internetem. Tym samym umieszczenie na stronie www danych osobowych podmiotu będzie oceniane ze względu na zgodność z przepisami dyrektywy.

Usunięcie danych ze strony źródłowej nie jest wystarczające ze względu na realizację celu dyrektywy. Informacja, która znalazła się w sieci, może być dowolnie kopiowana i przenoszona na inne strony źródłowe. Stąd też, w celu zapewnienia ochrony prywatności, zasadne byłoby zablokowanie możliwości zlokalizowania tych danych przez serwis wyszukiwający. Czy zatem osoba, której dane osobowe znalazły się w Internecie, może domagać się, aby wyszukiwarka internetowa nie wyświetlała wyników wyszukiwa-

²⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Lindqvist z dnia 6 listopada 2003 r., C101/01, pkt 25, [online] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1361686> [dostęp: 15.10.2016].

²⁵ Ibidem.

nia, które mogłyby kierować użytkownika Internetu do stron źródłowych, na których umieszczone zostały te dane? Dla kształtowania się prawa do bycia zapomnianym kluczowy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Google przeciwko AEPD²⁶.

Funkcjonowanie wyszukiwarki polega na zlokalizowaniu informacji opublikowanych lub zamieszczonych w sieci przez osoby trzecie, indeksowaniu ich w sposób automatyczny, czasowym przechowywaniu takich informacji i wreszcie ich udostępnianiu internautom w sposób uporządkowany zgodnie z określonymi preferencjami. Czy w sytuacji, gdy takie informacje zawierają dane osobowe osób trzecich, należy uznać opisaną powyżej działalność za „przetwarzanie danych” w rozumieniu definicji zawartej w art. 2 lit. b) dyrektywy 95/46? Czy osoba, domagając się ochrony w świetle dyrektywy 95/46, może zażądać bezpośrednio od przedsiębiorstwa prowadzącego wyszukiwarkę, by usunięto z jej indeksów informacje opublikowane przez osoby trzecie, bez uprzedniego lub jednoczesnego zwrócenia się z takim żądaniem do podmiotu będącego właścicielem (edytora) strony internetowej, na której zamieszczona została informacja?

Po pierwsze, należy rozważyć, czy działalność wyszukiwarki internetowej jest „przetwarzaniem danych osobowych” w rozumieniu dyrektywy. Operator wyszukiwarki internetowej, przeszukując Internet w zautomatyzowany, stały i systematyczny sposób w poszukiwaniu opublikowanych w nim informacji, gromadzi dane²⁷, które są następnie przez niego odzyskiwane, zapisywane i porządkowane za pomocą oprogramowania indeksującego. Operator wyszukiwarki przechowuje te informacje na swych serwerach oraz w odpowiednim przypadku ujawnia je i udostępnia użytkownikom w postaci listy wyników wyszukiwania, co w ocenie Trybunału realizuje przesłankę „przetwarzanie”. Fakt, że dane już zostały opublikowane przez inny podmiot, nie zmienia ich charakteru i nie stanowi podstawy do wyłączenia tych danych spod zakresu zastosowania dyrektywy²⁸. Podobnie irre-

²⁶ Wyrok TSUE w sprawie Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González z dnia 13 maja 2014 r., C131/12, [online] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1353218> [dostęp: 15.10.2016].

²⁷ Brak dyferencjacji pomiędzy danymi osobowymi i danymi innego typu. Klasyfikacja danych ze względu na treść nie ma znaczenia dla funkcjonowania algorytmów wyszukiwania.

²⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Satakunnan Markkinapörssi i Sata-media z dnia 16 grudnia 2008 r., C73/07, pkt 48, 49, [online] <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-73/07> [dostęp: 16.10.2016].

lewantna jest okoliczność, że dane nie ulegają przekształceniu – pojęcie przetwarzania danych ani nie jest równoznaczne z ich modyfikowaniem, ani nie zakłada modyfikacji danych jako jednego z elementów koniecznych przetwarzania.

Okoliczność, że przedsiębiorstwo prowadzące wyszukiwarkę, posiłkując się zautomatyzowanymi narzędziami informatycznymi, nie posiada wiedzy o treści przetwarzanych danych i nie sprawuje nad nimi kontroli, jest irrelewantna w kontekście uznania przedsiębiorstwa za administratora danych w rozumieniu ustawy²⁹. Tylko przyjęcie szerokiej definicji pojęcia „administrator” umożliwia zapewnienie skutecznej i pełnej ochrony osobom, których dotyczą dane.

Ocena możliwości skutecznego żądania od operatora wyszukiwarki usunięcia danych przez osobę, której owe dane dotyczą, uzależniona jest od charakteru tychże danych.

Trybunał orzekł, że operator wyszukiwarki internetowej jest zobowiązany do usunięcia z wyświetlanej listy wyników wyszukiwania mającego za punkt wyjścia imię i nazwisko danej osoby oraz linków do publikowanych przez osoby trzecie stron internetowych zawierających informacje dotyczące tej osoby, również w przypadku, gdy imię lub nazwisko czy inne dane nie zostały uprzednio czy jednocześnie usunięte z tych stron internetowych i – w odpowiednim przypadku – nawet jeśli ich publikacja na tych stronach jest zgodna z prawem.

Jest to uzasadnione ze względu na fakt, że przetwarzanie danych osobowych dokonywane przez operatora wyszukiwarki internetowej może znacząco oddziaływać na prawa podstawowe osoby – w szczególności prawo do poszanowania prywatności i ochrony danych osobowych. Jeśli hasłem wyszukiwanym jest imię i nazwisko, przeszukiwanie zasobów internetowych umożliwia wszystkim internautom otrzymanie ustrukturyzowanego przeglądu informacji dotyczących danej osoby i rozmaitych aspektów jej życia prywatnego. Zgromadzenie takich informacji za pośrednictwem innych narzędzi byłoby znacząco utrudnione lub w ogóle niemożliwe. „Ponadto skutki tej ingerencji w prawa osoby, której dane dotyczą, zostają zwielokrotnione ze względu na istotną rolę, jaką odgrywają Internet i wyszukiwarki internetowe we współczesnym społeczeństwie, nadając zawartej na takiej liście informacji wszechobecny charakter”³⁰.

²⁹ Wyrok w sprawie C131/12, pkt 34. Podobnie wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie eDate Advertising i in. z dnia 25 października 2011 r., C509/09 i C161/10, pkt 45.

³⁰ Ibidem, pkt 80.

W przypadku żądania usunięcia innych danych niż imię i nazwisko czy numer PESEL – na przykład miejsca zamieszkania, numeru IP, numeru telefonu, adresu e-mail czy innych informacji, które obecnie nie są postrzegane jako dane osobowe, bowiem nie wystarczają do identyfikacji osoby – wskazane byłoby podejście *ad casu*. Czy w danym stanie faktycznym konkretny zbiór informacji może umożliwiać identyfikację osoby? Wraz z postępem technologicznym i wzrostem skuteczności mechanizmów wyszukiwujących kategoria danych osobowych będzie się rozszerzać.

Obowiązujący stan prawny ulegnie zmianie wraz z wejściem w życie rozporządzenia (UE) 2016/679 oraz implementacją dyrektywy (UE) 2016/680 w maju 2018 roku³¹. Celem nowych aktów ma być dostosowanie regulacji poświęconych ochronie danych osobowych do realiów technologicznych i potrzeb społeczeństwa informacyjnego. Zakresem przedmiotowym dyrektywy 2016/680 objęta zostanie ochrona osób w związku z przetwarzaniem danych osobowych na potrzeby zapobiegania, dochodzenia, wykrywania lub ścigania przestępstw lub wykonywania sankcji karnych.

Prawo do bycia zapomnianym zostało *explicite* określone w rozporządzeniu 2016/679³². W motywach rozporządzenia zarysowane zostały trzy główne kwestie, związane z funkcjonowaniem prawa do bycia zapomnianym w społeczeństwie informacyjnym. Jeśli osoba udzielająca zgody na przetwarzanie danych nie była w pełni świadoma ryzyka z nim związanego, powinna być uprawniona do cofnięcia tej zgody i domagania się, by usunięto zamieszczone informacje (kazu zgody udzielonej przez dziecko na przetwarzanie jego danych osobowych). W ocenie ustawodawcy łatwość zwielokrotniania raz upublicznionej informacji sprawia, że prawo do żądania usunięcia danych przez ich administratora jest niewystarczające dla ochrony osoby, której one dotyczą. Stąd też prawodawca rozszerzył prawo do usunięcia danych poprzez zobowiązanie administratora, który upublicznił owe dane, do poinformowania administratorów, którzy je przetwarzają, o usunięciu wszelkich łączy do nich, kopii tych danych osobowych lub ich replikacji³³.

Równocześnie, z uwagi na ryzyko wycieku danych osobowych przetwarzanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, podmioty administrujące danymi powinny być zobowiązane do zabezpieczenia praw i wolności osoby, której przetwarzane dane dotyczą. Przykładowo powinny zostać wdrożone

³¹ Wejście w życie rozporządzenia nastąpi 24 maja 2018 roku. Państwa członkowskie są zobowiązane do implementacji dyrektywy w terminie do 6 maja 2018 roku.

³² Motywy 65, 66, 156 oraz artykuł 17 rozporządzenia 2016/679.

³³ Granice obowiązku wyznaczają dostępne administratorowi technologie i środki.

środki techniczne i organizacyjne zapewniające poszanowanie zasady minimalizacji danych³⁴. Zauważona została potrzeba ważenia obowiązków w zależności od prawdopodobieństwa i wagi ryzyka naruszenia³⁵. W przypadku zawodności mechanizmów ochronnych lub niespektowania przepisów prawa krajowego lub unijnego ustawodawca przyznaje osobie, której dane dotyczą, uprawnienie do żądania niezwłocznego usunięcia dotyczących jej danych osobowych, zwane powszechnie prawem do bycia zapomnianym.

Osoba może domagać się od administratora niezwłocznego usunięcia dotyczących jej danych osobowych, jeśli:

- a) dane nie są już niezbędne do celów, dla których zostały zebrane,
- b) osoba, której dane dotyczą, cofnęła zgodę lub wniosła sprzeciw³⁶,
- c) dane te były przetwarzane niezgodnie z prawem,
- d) usunięcie tych danych wynika z obowiązku prawnego,
- e) dane osobowe zostały zebrane w związku z oferowaniem usług społeczeństwa informacyjnego.

Jeżeli administrator upublicznił dane osobowe, to zobowiązany jest poinformować przetwarzających je administratorów, że osoba, której one dotyczą, żąda usunięcia: wszelkich łączy do tych danych, kopii tych danych osobowych lub ich replikacji.

Ocena regulacji w oparciu o *case study*

Obecnie regulacja prawa do bycia zapomnianym zawarta w art. 17 rozporządzenia 2016/679 budzi wątpliwości.

Wskazuje się, że wykonywanie obowiązków związanych z zapewnieniem jego realizacji przez administratora wiąże się z dodatkowymi obciąże-

³⁴ W myśl motywu 53 dyrektywy 2016/680 ochrona praw i wolności osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych wymaga wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych. Wdrożenie takich środków nie powinno zależeć wyłącznie od względów gospodarczych. Aby móc wykazać przestrzeganie przepisów niniejszej dyrektywy, administrator powinien przyjąć wewnętrzne polityki i wdrożyć środki, które są zgodne w szczególności z zasadą uwzględniania ochrony danych w fazie projektowania oraz zasadą domyślnej ochrony danych.

³⁵ Zgodnie z motywem 52 dyrektywy 2016/680 prawdopodobieństwo i wagę ryzyka naruszenia należy określić poprzez uwzględnienie charakteru, zakresu, kontekstu i celów przetwarzania danych. Ryzyko naruszenia należy oszacować na podstawie obiektywnej oceny, w ramach której stwierdza się, czy operacje przetwarzania danych niosą poważne zagrożenie.

³⁶ Art. 21 ust. 2 rozporządzenia 2016/679.

niami dla przedsiębiorców. Dodatkowo, z uwagi na barierę technologiczną³⁷ i społeczną³⁸, podważana jest skuteczność tak określonego uprawnienia³⁹. Ponadto, sam jego kształt pozostaje kontrowersyjny w świetle fundamentalnych praw i wolności, w szczególności wolności wypowiedzi i dostępu do informacji.

Artykuł 17 rozporządzenia 2016/679 pozostawia uprawnienie do bycia zapomnianym niedookreślone – na przykład nie zostały wyznaczone procedury usuwania danych oraz informowania podmiotów trzecich o skorzystaniu przez podmiot danych z prawa do bycia zapomnianym. Jak dalece może to utrudniać skorzystanie z prawa do bycia zapomnianym, obrazuje kazuś osoby, która zgłosiła na policję pożar „sterty siana”. Nagranie tego – specyficznego w formie i treści – zgłoszenia, w którym pojawiają się pełne dane personalne i adresowe kobiety, trafiło do satyrycznych serwisów internetowych, szybko stając się „virałem”. Powódka, której dobra osobiste w postaci dobrego imienia, godności, czci, prawa do prywatności, poszanowania jej kalectwa i wolności od drwin i szykan zostały naruszone wskutek ujawnienia i rozpowszechniania nagrania, żądała jego usunięcia z portali internetowych.

W toku postępowania sądowego wyraźnie ujawniły się główne problemy związane z dochodzeniem usunięcia treści umieszczonych w sieci internetowej na podstawie art. 24 k.c.⁴⁰ Dotyczyły one: precyzyjności żądania pozwu oraz precyzyjności i samodzielności rozstrzygnięcia o tym żądaniu; redakcji sentencji wyroku w sposób wykluczający jej konkretyzację przez którąkolwiek ze stron; zasadności uznania zachowań osób trzecich, niekontrolowanych przez osobę pozwaną, za skutek naruszenia dobra przez tę ostatnią; określenia czynności, których dopełnienia może domagać się powód w granicach środków zmierzających do usunięcia skutków naruszenia w rozumieniu art. 24 k.c. oraz wyjątku od odpowiedzialności cywilnoprawnej podmiotów pośredniczących w udostępnianiu treści w ramach art. 12–15 u.ś.u.d.e.

W pierwszej kolejności uwidoczniła się konieczność precyzyjnego określenia żądania oraz redagowania sentencji wyroku w sposób kategoryczny,

³⁷ A. H. Stuart, *Google Search Results: Buried if Not Forgotten*, „North Carolina Journal of Law and Technology” 2012, No. 15 (3), s. 465–517; R. H. Weber, *The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora’s Box?*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2011, No. 2, s. 122.

³⁸ Ibidem, s. 122–123.

³⁹ M. Krzysztofek, „Prawo do bycia zapomnianym” i inne aspekty prywatności w epoce Internetu w prawie UE, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 8, s. 33–34.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.01.2015 r., sygn. akt II CSK 747/13.

wykluczający pozostawienie jej konkretyzacji którejkolwiek ze stron⁴¹. Zobowiązanie strony do podjęcia czynności mających na celu usunięcie danych z portali internetowych, w tym w szczególności zwrócenie się z odpowiednim żądaniem do właścicieli lub administratorów portali, nie czyni za- dość tym wymaganiom⁴². W orzecznictwie nie doszło do pozytywnego okre- ślenia czynności, które mogłoby być adekwatne w celu usunięcia skutków naruszenia dobra osobistego w Internecie. Ciężar precyzyjnego sformuło- wania żądania, wystarczająco konkretnego, by możliwa była jego realizacja, spoczywa na osobie zamierzającej skorzystać z uprawnienia do bycia za- pomnianą. Z uwagi na brak ujednoliconych procedur, a także łatwość zwie- lokrotniania treści, bardziej skonkretyzowane ujęcie oświadczenia o woli skorzystania z prawa do bycia zapomnianym jest utrudnione. W świetle art. 17 rozporządzenia 2016/679 ów brak regulacji procedury usuwania danych może okazać się determinantą przesądzającą o niskiej użyteczności prak- tycznej uprawnienia.

We wspomnianej sprawie rozważania Sądu Najwyższego objęły także kwe- stię zasadności uznania zachowań osób trzecich, niekontrolowanych przez osobę pozwaną, za skutek naruszenia dobra przez pozwaną w rozumieniu art. 24 k.c. Dostępność treści naruszającej dobra osobiste skarżącej nie jest wyłącznie następstwem bezprawnych działań strony pozwanej, ale również zachowań niekontrolowanych przez nią osób trzecich, które uzyskały do- stęp do treści wskutek jej pierwotnego ujawnienia. Czy te dalsze naruszenia dobra osobistego przez inne podmioty stanowią skutek naruszenia pierwot- nego? Sąd Najwyższy w wyroku o sygn. akt II CSK 747/13 przyjął, że nie można uznać zachowań anonimowych osób trzecich, korzystających z usług internetowych, za „skutek naruszenia” w rozumieniu art. 24 k.c. Przyjęty mo- del rozumowania, choć prawidłowy w świetle zasad przypisania, prowadzi do wniosku, że żądanie podjęcia czynności mających na celu usunięcie tre- ści z portali internetowych, na których nagranie zostało umieszczone, nie mieści się w granicach środków zmierzających do usunięcia skutków naru- szenia w rozumieniu art. 24 k.c.

Dopuszczalne jest natomiast domaganie się, by zobowiązać pozwanego do zawiadomienia określonych podmiotów zarządzających portalami inter- netowymi, że znajduje się na nich treść, która prawomocnym wyrokiem sądu została uznana za naruszającą dobra osobiste, a tym samym bezprawną. Po-

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.01.1982 r., sygn. akt IV CR 500/01, OSNCP 1982, nr 8–9, poz. 123; uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20.09.1988 r., sygn. akt III CZP 37/88, OSNCP 1989, nr 3, poz. 40.

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.01.2015 r., sygn. akt II CSK 747/13, *passim*.

wiadomienie to wyłączać będzie możliwość powoływania się przez usługodawcę (podmiot zarządzający portalem internetowym) na ograniczenie odpowiedzialności wynikające z art. 14 ust. 1 u.ś.u.d.e., jeśli nie uniemożliwi niezwłocznie dostępu do tych danych. Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w rozporządzeniu 2016/679, przy czym z orzeczenia Sądu Najwyższego wynika, że to osoba dochodząca usunięcia treści ma wskazać portale, które powinny zostać powiadomione o tym, że znajduje się na nich dana informacja, natomiast ustawodawca unijny w ust. 2 art. 17 rozporządzenia 2016/679 obowiązkiem identyfikacji administratorów przetwarzających treść obarczył administratora, do którego zostało skierowane żądanie usunięcia treści w pierwszej kolejności.

Obowiązek poinformowania administratorów przetwarzających dane o żądaniu ich usunięcia może być miarkowany w zależności od możliwości technicznych i środków posiadanych przez zobowiązanego administratora. Tak ustanowiony obowiązek okazuje się z jednej strony bardzo szeroko zakreślony i zdaje się wymagać znaczących nakładów ze strony administratora, a z drugiej strony, w związku z tym, że został wyznaczony w sposób nieostry, może okazać się niemożliwy do wyegzekwowania w praktyce.

Przed wszystkim pojawia się szereg problemów technicznych – skąd administrator ma wiedzieć, że dane przez niego udostępnione zostały skopiowane przez inny podmiot? *Ad absurdum*, czy aby zapewnić kontrolę nad danymi, powinien zmienić procedury, tak by kopiowanie danych każdorazowo wymagało jego zgody? Z uwagi na wielość sposobów powielania treści (od kopiowania przy użyciu narzędzi elektronicznych, przez użycie narzędzi zewnętrznych, na przykład aparatu fotograficznego i czytnika pozwalającego na konwertowanie zdjęć, po ręczne „przepisywanie” treści) kontrola nad zwielokrotnianiem informacji wydaje się wysoce utrudniona, praktycznie niemożliwa. Z tej przyczyny taka wykładnia ust. 2 art. 17 rozporządzenia 2016/679 nie daje się pogodzić z założeniem racjonalności ustawodawcy.

Czy zatem obowiązek administratora obejmuje tylko poinformowanie podmiotów, którym udzielił on zgody na skopiowanie danych? Wówczas znaczenie tego obowiązku byłoby znikome. Należałoby go traktować raczej jako konstrukcję propagującą pożądany przez ustawodawcę model.

Bardziej racjonalne wydaje się przyjęcie, że administrator powinien poszukiwać kopiujących. Jakich czynności będzie musiał dopełnić, aby można było uznać, że pomimo nieznaalezienia podmiotów, które przetwarzają dane pobrane z jego strony, wykonał obowiązek określony w art. 17 ust. 2 rozporządzenia 2016/679? Zakres przedmiotowego obowiązku powinien być wy-

znaczony przy uwzględnieniu możliwości technologicznych, kosztów i postulatu proporcjonalności⁴³. W zależności od rodzaju danych osobowych dopuszczalne wydaje się różnicowanie poziomu ich ochrony i wymaganej aktywności administratora. Im bardziej dotkliwe mogą być skutki przetwarzania danych poza systemem administratora, tym wyższe powinny być standardy należytej staranności i aktywności.

W tym kontekście warto zauważyć także pewną specyficzną cechę występowania określonej treści w Internecie – korelację pomiędzy popularnością treści a jej wzmożonym przetwarzaniem. W prawie polskim zwykło się przyjmować, że jeśli jakaś treść naruszająca dobro osoby była udostępniana w sposób umożliwiający jej dotarcie do nieoznaczonego kręgu osób, to czynności mające na celu doprowadzenie do zaprzestania naruszeń powinny również móc dotrzeć do nieograniczonego kręgu osób. Zgodnie z tym ujęciem jeśli osoba, której dane zostały udostępnione na stronie internetowej, skorzystała z prawa do bycia zapomnianą, wiadomość o skorzystaniu przez nią z tego prawa również powinna znaleźć się na przedmiotowej stronie. Taki sposób realizacji ustawowego obowiązku mógłby być uznany za wystarczający w świetle zasady proporcjonalności. W orzecznictwie wskazuje się, że

[...] wymóg złożenia m.in. w odpowiedniej formie oświadczenia oznacza zachowanie adekwatności z uwzględnieniem m.in. miejsca i czasu dokonanego naruszenia dobra osobistego, a nie jest warunkowany oceną prawdopodobieństwa i szansy dotarcia do oświadczenia przez przeciętnego jego adresata oraz jego czasu i skłonności do lektury informacji niedostatecznie wyeksponowanych, choć opublikowanych w tożsamym miejscu, w którym doszło do publikacji inkryminowanych tekstów⁴⁴.

Jednakże taka wykładnia wynika z braku zrozumienia specyfiki funkcjonowania medium. Liczba osób, które mogły zapoznać się z materiałem zawierającym dane osobowe, który stał się „virałem”, a liczba osób, do których, racjonalnie rzecz oceniając, dotrze informacja o skorzystaniu z prawa do bycia zapomnianą przez osobę będącą podmiotem danych, jest nieporównywalna.

Kolejnym problemem związanym ze skorzystaniem z prawa do bycia zapomnianym (obecnie – w myśl art. 32 ust. 6–8 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych – do kontroli przetwarzania da-

⁴³ Art. 19 rozporządzenia 2016/679 stanowi, że administrator informuje o sprostowaniu lub usunięciu danych osobowych lub ograniczeniu przetwarzania, których dokonał zgodnie z art. 16, art. 17 ust. 1 i art. 18, każdego odbiorcę, któremu ujawniono dane osobowe, chyba że okaże się to niemożliwe lub będzie wymagać niewspółmiernie dużego wysiłku.

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt I CSK 497/10, LEX nr 936483.

nych osobowych) są kwestie proceduralne. W zależności od statusu administratora danych czynności, o których mowa w art. 32 u.o.d.o., można traktować jako czynności faktyczne lub – jeśli pochodzą od organu administracji publicznej – wydanie zaświadczenia potwierdzającego określone fakty w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego (art. 217 i n. k.p.a.). Będzie to skutkowało zróżnicowaniem sytuacji prawnej osoby zainteresowanej w zależności od statusu administratora danych. Stąd też przyjmuje się⁴⁵, że oznaczone sprawy związane z ochroną danych osobowych powinny być rozstrzygane przez Generalnego Inspektora Danych Osobowych (por. art. 18 i 35 u.o.d.o.). Na wniosek zainteresowanego to Generalny Inspektor, w drodze decyzji administracyjnej, będzie mógł nakazać uzupełnienie, uaktualnienie, sprostowanie danych osobowych, ich usunięcie, a także czasowe lub stałe wstrzymanie przetwarzania. Dopuszczalne⁴⁶ jest także żądanie korekty danych, ich usunięcia czy wstrzymania przetwarzania w drodze postępowania cywilnego, w ramach roszczeń przewidzianych w art. 24 k.c.⁴⁷

Nierozwiązane zostają także niektóre kwestie dotyczące zakresu zastosowania przedmiotowego uprawnienia. Wątpliwe jest, czy przyjęte regulacje pozwalają na objęcie zakresem zastosowania rozporządzenia 2016/679 portali społecznościowych typu Facebook⁴⁸. Trzeba przyznać, że na gruncie polskim prawo do kontroli przetwarzania danych osobowych zostało określone dość wąsko, a mianowicie przysługuje jedynie osobom, których dane są przetwarzane w ramach zbioru danych. Uzależnienie przyznania uprawnień od faktu przetwarzania danych w zbiorze zostało poddane krytyce⁴⁹ – rozwiązanie takie nie pokrywa się z przepisami dyrektywy 95/46/WE (por.

⁴⁵ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, art. 32, pkt 10, [w:] *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, red. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, LEX 2015; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2000 r., sygn. akt II SA 2619/99, „Wokanda” 2000, nr 7, poz. 43.

⁴⁶ Eidem, art. 32, pkt 11, [w:] *Ochrona danych osobowych...*, op. cit.

⁴⁷ Odmiennie: Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 13 listopada 2001 r., sygn. akt I ACa 1140/01, „Wokanda” 2002, nr 11, poz. 46. Naruszenie sfery prywatności skutkuje odpowiedzialnością z tytułu ochrony dóbr osobistych, jednak żądanie usunięcia danych osobowych nie należy do kognicji sądów powszechnych.

⁴⁸ E. L. Carter, *The Right To Be Forgotten*, Oxford Research Encyclopedia of Communication, 2016, s. 8, [online] <http://communication.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-189> [dostęp: 9.02.2017].

⁴⁹ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, art. 32, pkt 2, [w:] *Ochrona danych osobowych...*, op. cit.; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2009 r., sygn. akt II SA/Wa 1685/08, LEX nr 519827.

art. 12). Z tej przyczyny wydaje się, że po wejściu w życie nowej regulacji szczególne znaczenie będzie odgrywała kontrola zgodności wykładni rozporządzenia 2016/679.

Wnioski

Prawo do prywatności i wolność wypowiedzi należą do tej samej grupy praw człowieka, chronią zaś różne dobra. Z tej przyczyny w europejskim porządku prawnym niemożliwe jest przyznanie któremukolwiek z nich prymatu, gdyż ich zakres ochrony nie podlega wartościowaniu. Konstrukcją pozwalającą na zachowanie istoty obu tych praw może być prawo do bycia zapomnianym. Pozwala ono określić, w jakim zakresie sektor prywatny jest odpowiedzialny za ochronę wolności wypowiedzi i prawa do prywatności. Obecnie w porządku globalnym można zaobserwować pewne inicjatywy poświęcone ochronie praw człowieka w Internecie, w szczególności prawa do prywatności. Rozwój technologii informacyjnej sprawia, że coraz bardziej widoczna staje się potrzeba zagwarantowania prawa do bycia zapomnianym. Brak jednak globalnych rozwiązań normatywnych regulujących istnienie owego prawa. Konstrukcja ta pojawia się natomiast w prawie unijnym, w art. 17 rozporządzenia 2016/679.

Regulacja nakłada na podmioty administrujące i przetwarzające dane szereg obowiązków, których realizacja przy obecnym stanie technicznym wydaje się wysoce utrudniona. Pozytywnie należy ocenić objęcie zakresem zastosowania normy zarówno administratorów stron źródłowych, jak i administratorów wyszukiwarek internetowych, a także nałożenie na administratora danych obowiązku poinformowania administratorów przetwarzających te dane o żądaniu ich usunięcia. Wpływ regulacji na wykształconą praktykę gospodarczą może być ograniczony przez użycie pojęć nieostrych i odwołanie do pozaprawnych kryteriów delimitujących zakres obowiązku (koszty, możliwości technologiczne). Choć z perspektywy dorobku orzeczniczego uregulowanie prawa do bycia zapomnianym w rozporządzeniu 2016/679 należy ocenić pozytywnie, to jednak trzeba podkreślić, że praktyczne znaczenie regulacji będzie w przeważającej mierze zależało od postawy administratorów oraz przyjętej w orzecznictwie wykładni przepisów.

PERSPECTIVE OF REGULATION ON THE RIGHT TO BE “FORGOTTEN” ON THE INTERNET. OUTLINE OF THE PROBLEM

ABSTRACT

At the age of information technology, enabling collecting and processing vast amounts of data it is essential to protect the privacy of Internet users without restricting freedom of expression. It is claimed, that human rights protected in the real world should be respected also on the Internet. The UN Human Rights Council Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet was analyzed. One of the instruments that can contribute to achieve its goals is the right to be forgotten. The authors present the evolution of that concept in EU law and Polish and European jurisprudence. The new regulation of the right to be forgotten was introduced by the Regulation of the European Parliament and of the Council 2016/679. The main challenges and risks associated with its entry into force were indicated.

KEYWORDS

the right to be forgotten, the Internet, the right to privacy, protection of personal data

BIBLIOGRAFIA

1. Ausloos J., *The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remembering?*, “Computer Law & Security Review” 2012, No. 28 (2).
2. Bjarnadóttir M. R., *Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn*, “JIPITEC” 2016, No. 7 (3), [online] <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-3-2016/4509> [dostęp: 23.02.2017].
3. Carter E. L., *The Right To Be Forgotten*, Oxford Research Encyclopedia of Communication, 2016, [online] <http://communication.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-189> [dostęp: 9.02.2017].
4. Dutton W. H., Dopatka A., Law G., Nash V., *Freedom of Connection, Freedom of Expression, UNESCO Series on Internet Freedom*, [online] <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf> [dostęp: 13.08.2017].
5. Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (DzU UE L z dnia 23 listopada 1995 r.).
6. General Assembly Resolution 68/167 on the right to privacy in the digital age, 18.12.2013.
7. General Assembly Resolution 69/166 on the right to privacy in the digital age, 18.12.2014.
8. General Assembly Resolution 71/199 on the right to privacy in the digital age, 16.11.2016.
9. Krzysztofek M., „Prawo do bycia zapomnianym” i inne aspekty prywatności w epoce Internetu w prawie UE, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 8.
10. Lit. b, ust. 1, art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r.

11. *NETmundial Multistakeholder Statement*, Sao Paulo 2014, s. 4, [online] <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf> [dostęp: 9.02.2017].
12. *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, red. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, LEX 2015.
13. *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on ways to bridge the gender digital divide from a human rights perspective*, [online] <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/WaystoBridgeTheGenderDigital.aspx> [dostęp: 9.02.2017].
14. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. (DzU UE L 119/1 4.5.2016).
15. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 13 listopada 2001 r., sygn. akt I ACa 1140/01, „Wokanda” 2002, nr 11, poz. 46.
16. *Special Eurobarometer 359. Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, s. 181, [online] http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf [dostęp: 13.08.2017].
17. Stuart A. H., *Google Search Results: Buried if Not Forgotten*, „North Carolina Journal of Law and Technology” 2012, No. 15 (3).
18. Szymanek J., *Konstytucjonalizacja prawa do wolności myśli, sumienia, religii i przekonań*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2007, nr 10.
19. The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 29.06.2012, A/HRC/20/L.30.
20. The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 20.06.2014, A/HRC/26/L.24.
21. The UN Human Rights Council, Resolution on the promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 27.06.2016, A/HRC/32/L.20.
22. Uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20.09.1988 r., sygn. akt III CZP 37/88, OSNCP 1989, nr 3, poz. 40.
23. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (DzU 1997, nr 133, poz. 883 ze zm.).
24. Warren S. D., Brandeis L. D., *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, No. 4.
25. Weber R. H., *The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora's Box?*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2011, No. 2.
26. Williams C.R., *A Proposal for Protecting Privacy During the Information Age*, „Alaska Law Review” 1994, No. 11.
27. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.01.2015 r., sygn. akt II CSK 747/13.
28. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt I CSK 497/10, LEX nr 93 6483.
29. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.01.1982 r., sygn. akt IV CR 500/01, OSNCP 1982, nr 8–9, poz. 123.
30. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Lindqvist z dnia 6 listopada 2003 r., C101/01, pkt 25, [online] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1361686> [dostęp: 15.10.2016].
31. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie eDate Advertising i in. z dnia 25 października 2011 r., C509/09 i C161/10, pkt 45.

32. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Satakunnan Markkinapörssi i Satamedia z dnia 16 grudnia 2008 r., C73/07, pkt 48, 49, [online] <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-73/07> [dostęp: 16.10.2016].
33. Wyrok TSUE w sprawie Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González z dnia 13 maja 2014 r., C131/12, [online] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1353218> [dostęp: 15.10.2016].
34. Żak J., *Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym”*, [w:] *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2014.

ANNA MAZUR

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
E-MAIL: ANNAMAZUR505@GMAIL.COM

Ograniczenia wywozu zabytków ruchomych w prawie polskim i czeskim

STRESZCZENIE

Konieczność ograniczenia swobody przewozu zabytków ruchomych związana jest z przestępczością i ochroną dziedzictwa kulturowego państw. Jednym z filarów, na których oparta jest Unia Europejska, pozostaje swobodny przepływ towarów, nie obowiązuje on jednak bezwzględnie. Art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zezwala na ograniczenia ilościowe w przywozie i wywozie między państwami członkowskimi, o ile są one uzasadnione ochroną narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej. Zakazy te nie mogą mieć jedynie charakteru dyskryminującego. W artykule zostanie przedstawiona historia polskiego rozwoju regulacji dotyczących wywozu zabytków oraz krótka analiza uregulowań czeskich. Analizie zostanie poddany przypadek dotyczący wypożyczenia na wystawę w Tokio cyklu „Słowiańska epopeja” Alfonsa Muchy.

SŁOWA KLUCZOWE

prawo, zabytki, wywóz, ochrona, zakaz, Czechy, Polska

Wstęp

Regulowanie wwozu i wywozu dzieł sztuki jest konieczne z wielu względów, takich jak choćby zapobieganie przestępczości. Ograniczenia mają również doprowadzić do ochrony narodowego dziedzictwa kulturowego. W Polsce w ostatnich latach można zaobserwować zaostrzenie przepisów związanych z wywozem dóbr kultury, do którego doszło w wyniku dążenia do ograniczenia możliwości wypożyczania na wystawy szczególnie ważnych zabytków.

ków¹. Odmienne tendencje zauważalne są w Czechach. Tam organy państwa pozwoliły na wywiezienie na wystawę do Tokio cyklu „Słowiańska epopeja” Alfonsa Muchy. W obu państwach podstawę regulacji stanowi prawo unijne.

1. Wywóz zabytków w regulacjach Unii Europejskiej

Kwestie wywozu zabytków są regulowane przez Rozporządzenie Rady (WE) nr 116/2009 z dnia 18 grudnia 2008 roku². Rozporządzenie zawiera katalog dóbr kultury, których wywóz może być ograniczony. Art. 2 ust. 1 Rozporządzenia stanowi, że wywóz poza obszar celny Wspólnoty jest objęty wymogiem przedstawienia stosownego pozwolenia. Wprowadzono ograniczenia związane z wartością, wiekiem oraz znaczeniem dobra kultury. Regulacja ta nie wprowadza daleko idących ograniczeń. Przepisy krajowe nadal są stosowane do wywozu w granicę obszaru celnego Unii Europejskiej oraz wywozu poza ów obszar, jeżeli są surowsze od Rozporządzenia³. Prawo unijne reguluje również kwestie związane z restytucją dóbr nielegalnie wywiezionych z państw członkowskich.

2. Wywóz zabytków z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–2003

2.1. OKRES II RZECZYPOSPOLITEJ

Wywóz zabytków ruchomych z terytorium Polski był reglamentowany już w pierwszych aktach prawnych po odzyskaniu niepodległości⁴. Początkowo, na skutek doświadczeń związanych z rozbiorami⁵, wprowadzono generalny zakaz wywozu zabytków. Dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury w art. 16 stanowił, że „zabrania się wywozu z granic Państwa Polskiego zabytków ruchomych i ich części”⁶. Katalog zabytków ruchomych został przedstawiony w sposób otwarty w art. 18 Dekretu,

¹ R. Krupa-Dąbrowska, *Ruchome zabytki trafią na Listę Skarbów Dziedzictwa*, [online] <http://www.rp.pl/Prawo-dla-Ciebie/309199987-Ruchome-zabytki-trafia-na-Liste-Skarbow-Dziedzictwa.html> [dostęp: 24.03.2017].

² DzU UE L 2009.39.1.

³ K. Zalaśńska, K. Zeidler, *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015.

⁴ J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, t. I, Kraków 2001, s. 311–312.

⁵ L. H. Nicholas, *The Rape of Europa. The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War*, New York 1995, s. 58–59.

⁶ DzU 1918, nr 16, poz. 36.

w którym wymieniono na przykład ludowe sprzęty domowe, ołtarze, ambony. Art. 11 Dekretu wprowadził domniemanie, na mocy którego wszelkie ruchome dzieło, świadczące o sztuce i kulturze epok ubiegłych, istniejące nie mniej niż 50 lat, stanowiło przedmiot ochrony bez względu na wpis do odpowiedniego rejestru. Możliwe było również uznanie za zabytek rzeczy ruchomej niespełniającej przesłanki wieku. Działo się to na mocy specjalnej decyzji Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego. Na podstawie art. 22 Dekretu, w przypadku zagrożenia wywozu za granicę zabytku znajdującego się we własności prywatnej, rząd miał prawo wywłaszczyć go na rzecz jednego z muzeów narodowych⁷.

Podobne postanowienia zostały powtórzone w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 1928 roku o opiece nad zabytkami⁸. W art. 2 Rozporządzenia wskazano otwarty katalog dóbr, które mogą być uznane za zabytki. Art. 21 Rozporządzenia stanowił, że **zabytki nie mogą być wywożone z granic Państwa Polskiego bez zezwolenia władzy konserwatorskiej pierwszej instancji**⁹. Zakaz ten miał charakter generalny i dotyczył każdego zabytku. Organy konserwatorskie I instancji działały w oparciu o swobodne uznanie administracyjne, ponieważ Rozporządzenie nie przewidywało żadnych przesłanek, jakie musiałby spełnić zabytek, by można go było wywieźć za granicę. Możliwość wywłaszczenia w przypadku zagrożenia wywozem za granicę wprowadzono jedynie wobec zabytków należących do określonych przez Rozporządzenie podmiotów¹⁰. Na mocy art. 17 Rozporządzenia w przypadku groźby niepowetowanej szkody władze konserwatorskie miały prawo wydać zarządzenie zmierzające do zapobieżenia wywozowi zabytku za granicę¹¹. Art. 40 przewidywał odpo-

⁷ Wywłaszczenia dokonywano na podstawie reskryptu Rady Regencyjnej (art. 28 Dekretu). Właściciel w ciągu roku mógł zażądać odszkodowania, które było wypłacane na mocy decyzji konserwatora lub Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego. Na mocy art. 32 Dekretu, gdy decyzja nie czyniła zadość żądaniu wywłaszczonego właściciela, mógł on wystąpić na drogę sądową.

⁸ DzU 1928, nr 29, poz. 265.

⁹ Art. 5 ust. 1 Rozporządzenia z 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami – Opiekę nad zabytkami sprawują władze konserwatorskie. Władzami konserwatorskimi pierwszej instancji są wojewódzkie władze administracji ogólnej. Władzą konserwatorską drugiej instancji jest Minister Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego.

¹⁰ Na mocy art. 13 Rozporządzenia z 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami wywłaszczenie było możliwe wobec zabytków znajdujących się w zarządzie związków komunalnych, gmin wyznaniowych, osób prawnych kościelnych i zakonnych Kościoła katolickiego, wszelkich w ogóle korporacji publiczno-prawnych, jak również stowarzyszeń posiadających osobowość prawną, które mają na celu opiekę nad zabytkami.

¹¹ Art. 17 Rozporządzenia z 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami stanowi, że jeżeli zabytkom należącym do osób wymienionych w art. 13 grozi niedozwolony wywóz za

wiedzialność karną za nielegalny wywóz. Sprawcy groziła kara aresztu do lat trzech lub grzywna.

2.2. DEKRET Z 1 MARCA 1946 ROKU O REJESTRACJI I ZAKAZIE WYWOZU DZIEŁ SZTUKI PLA- STYCZNEJ ORAZ PRZEDMIOTÓW O WARTOŚCI ARTYSTYCZNEJ, HISTORYCZNEJ LUB KULTU- RALNEJ¹²

Dekret z 1 marca 1946 roku o rejestracji i zakazie wywozu dzieł sztuki plastycznej oraz przedmiotów o wartości artystycznej, historycznej lub kulturalnej naruszał znacząco prawo własności. Na mocy art. 1 Dekretu każdy, kto miał w posiadaniu lub władaniu dzieło sztuki lub przedmiot o wartości artystycznej, historycznej lub kulturalnej, był zobowiązany do zarejestrowania go. Art. 3 Dekretu **wprowadzał zakaz wywozu poza granicę Państwa Polskiego bez zezwolenia** dzieł sztuki plastycznej oraz przedmiotów o wartości artystycznej, historycznej lub kulturalnej. Z obowiązywania aktu na mocy art. 4 wyłączono dzieła sztuki twórców żyjących i przedmioty sztuki stosowanej wytworzone po 9 maja 1945 roku. Zgodnie z art. 5 Dekretu organem właściwym do wydawania zezwoleń był Minister Kultury i Sztuki. Dekret nie wprowadzał rozróżnienia między zezwoleniem na wywóz stały i czasowy, jednakże zastrzeżono, że zezwolenie może być wydane pod warunkiem sprowadzenia dzieła z powrotem w oznaczonym terminie. Art. 7 Dekretu wprowadzał odpowiedzialność karną za wywóz dzieła lub przedmiotu. Czyn ten był zagrożony karą więzienia do lat trzech oraz grzywny, a sąd musiał orzec o przepadku przedmiotu.

2.3. USTAWA O OCHRONIE DÓBR KULTURY Z DNIA 15 LUTEGO 1962 ROKU¹³

Ustawa o ochronie dóbr kultury z dnia 15 lutego 1962 roku (dalej: u.o.d.k.) wprowadziła znaczące zmiany w regulacjach dotyczących wywozu za granicę zabytków ruchomych. Art. 41 ust. 1 u.o.d.k. wprowadził **generalny zakaz wywozu zabytków**. Jednakże w art. 42 ust. 1 wymieniono dobra kultury, które nie podlegają zakazowi wywozu. Do tej kategorii należały dobra, które można było wywozić z kraju po uzyskaniu zaświadczenia wo-

granicę, a zwłoka mogłaby spowodować niepowetowaną szkodę, władze konserwatorskie mają prawo wydawać zarządzenia zmierzające do zapobieżenia wywozowi zabytku za granicę, a nawet wziąć zabytki czasowo w zarząd państwowy, a w szczególności przenieść je do muzeów lub bibliotek państwowych lub publicznych aż do usunięcia niebezpieczeństwa.

¹² DzU 1946, nr 14, poz. 99.

¹³ DzU 1962, nr 10, poz. 48.

jewódzkiego konserwatora zabytków lub Biblioteki Narodowej w Warszawie. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Kultury i Sztuki z dnia 30 czerwca 1965 roku w sprawie trybu zgłaszania wniosków oraz wydawania zaświadczeń i zezwoleń na wywóz za granicę dóbr kultury¹⁴ organami właściwymi do wydania zezwolenia były: Biblioteka Narodowa w Warszawie, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych oraz konserwator zabytków. Wyjątkiem był wniosek o wywóz na stałe instrumentu muzycznego o wysokiej wartości artystycznej, muzealnej lub historycznej, który należało złożyć do Ministra Kultury i Sztuki.

Zgodnie z § 5 Rozporządzenia organ wydawał decyzję, stwierdzając, że przedmiot objęty wnioskiem podlega zakazowi wywozu, wydawał zezwolenie na czasowy wywóz dobra za granicę lub odmawiał jego wydania, a wniosek o zezwolenie na wywóz stały przekazywał ministrowi. Zezwolenie na czasowy wywóz zgodnie z § 7 pkt 1 Rozporządzenia mogło być wydane na okres 10 lat. Dokument sporządzano w dwóch egzemplarzach – jeden dla urzędu celnego, a drugi dla otrzymującego zezwolenie. Jeszcze większe ograniczenia zostały wprowadzone w 1973 roku na mocy „Decyzji nr 1” Ministra Kultury i Sztuki w sprawie zakazu wywozu dóbr kultury za granicę¹⁵. Na jego podstawie zawieszono do odwołania wydawanie zaświadczeń wymienionych w art. 42 ust. 2 ustawy przez wojewódzkich konserwatorów zabytków. Wnioski były odtąd rozpatrywane przez komisję złożoną z pracowników Muzeum Narodowego i Instytutu Sztuki PAN¹⁶. „Decyzja nr 1” utraciła moc 30 marca 2001 roku¹⁷.

2.4. USTAWA Z DNIA 23 LIPCA 2003 ROKU O OCHRONIE ZABYTKÓW I OPIECE NAD ZABYTKAMI (DALEJ: U.Z.O.Z.)¹⁸

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 marca 2006 roku¹⁹ zauważył, że ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami zasadniczo dopuszcza wywóz zabytków za granicę²⁰, pod warunkiem jednak, że nie spowoduje to – w przypadku wy-

¹⁴ DzU 1965, nr 31, poz. 206.

¹⁵ J. Pruszyński, op. cit., s. 325.

¹⁶ Ibidem, s. 326.

¹⁷ M.P.2001.47.782.

¹⁸ DzU 2014.1446 j.t.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 marca 2006 r., I SA/Wa 1019/05, Legalis numer 311584.

²⁰ Prof. Juliusz Chrościcki optował za odrzuceniem ustawy, deklarując napisanie przez polskich akademików nowej w ciągu trzech, czterech miesięcy. Najistotniejszym zarzu-

wozu stałego – uszczerbku dla dziedzictwa narodowego. Zakaz wywozu dzieł sztuki za granicę to wyjątek od ogólnej reguły, jaką jest zgoda na ich wywóz. Wynika z tego, że jak każdy wyjątek, musi być interpretowany w sposób ścisły i przy pełnym wyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy.

Obecnie obowiązująca ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami stanowi kompromis między interesem publicznym i prywatnym²¹. W czasie prac nad Ustawą największe wątpliwości budziła kwestia dopuszczalności wywozu zabytków²². **Ustawa jako zasadę wprowadza brak ograniczeń w wywozie zabytków.** Art. 51 u.z.o.z. zawiera enumeratywny katalog dóbr kultury, na których wywiezienie należy uzyskać zezwolenie. Do kategorii tej zaliczone są między innymi wykonane na dowolnym materiale akwarele, gwasze i pastele, które mają więcej niż 50 lat, a ich wartość jest wyższa niż 16 000 zł. Ustawa wprowadza zatem dwa kryteria – cenę oraz wiek zabytku.

Art. 59 ust. 1 u.z.o.z. zawiera katalog zabytków, na których wywiezienie nie trzeba uzyskiwać pozwolenia. Do tej kategorii zaliczają się między innymi zabytki nieobjęte kategoriami wskazanymi w art. 51 ust. 1 u.z.o.z. czy dzieła twórców żyjących. Jeżeli wywóz zabytku jest dokonywany bez pozwolenia, o którym mowa w art. 51 ust. 1 i 3 u.z.o.z., a cechy zabytku wskazują, że jego wywóz wymaga pozwolenia, organ Straży Granicznej lub organ celny może zażądać od osoby dokonującej wywozu zabytku okazania dokumentu potwierdzającego fakt, że wywożony zabytek nie wymaga pozwolenia. Dokumentami potwierdzającymi mogą być między innymi wycena, faktura zakupu czy też ocena wskazująca czas powstania zabytku. W przypadku, gdy osoba dokonująca wywozu zabytku nie przedstawi dokumentu, o którym mowa w art. 59 ust. 2 u.z.o.z., lub istnieje uzasadniona obawa, że dokument ten nie jest wiarygodny, organ Straży Granicznej lub organ celny może zatrzymać zabytek na czas niezbędny do ustalenia, czy jego wywóz mógł być dokonywany bez pozwolenia, o którym mowa w art. 51 ust. 1 i 3 u.z.o.z.

tem wobec tej ustawy jest, zdaniem profesora, zbyt restrykcyjnie ograniczona możliwość wywozu zabytków i dzieł sztuki za granicę oraz ograniczenie możliwości handlu nimi po naszym wejściu do Unii Europejskiej. Komisja otrzymała też opinie na piśmie od prof. Jana Pruszyńskiego i prof. Wiktora Zina. W obu opiniach podtrzymano wnioszek o odrzucenie ustawy. Nadeszła też opinia ze Stowarzyszenia Antykwaryuszy Polskich, surowo oceniająca ustawę i jej rozstrzygnięcia dotyczące możliwości wywozu dzieł antykwarycznych i handlu nimi. Zob. Dziennik Senatu VII Kadencji nr 42, [online] <http://ww2.senat.pl/k6/dok/diar/42/4206b.htm> [dostęp: 13.08.2017].

²¹ A. Jagielska-Burduk, *Zabytek ruchomy*, Warszawa 2011, s. 149.

²² K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa–Kraków 2007, s. 181.

Zezwolenie na wywóz może być jednorazowe lub czasowe. Wywóz czasowy zgodnie z art. 51 ust. 2 u.z.o.z. jest możliwy, gdy posiadacz daje rękojmię, że zabytek nie ulegnie zniszczeniu lub uszkodzeniu i zostanie przywieziony do kraju przed upływem terminu ważności pozwolenia. Art. 51 ust. 3 u.z.o.z. wprowadza trzy rodzaje pozwoleń na czasowy wywóz:

- 1) jednorazowe pozwolenie na czasowy wywóz zabytku za granicę;
- 2) wielokrotne pozwolenie indywidualne na czasowy wywóz zabytku za granicę;
- 3) wielokrotne pozwolenie ogólne na czasowy wywóz zabytku²³.

Art. 51 ust. 4 zawiera katalog zabytków, które nie mogą być wywożone na stałe. Należą do nich zabytki wpisane do rejestru, na Listę Skarbów Dziedzictwa²⁴, wchodzące w skład zbiorów publicznych, które stanowią własność Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych jednostek organizacyjnych zaliczanych do sektora finansów publicznych, wpisane do inwentarza muzeum albo wchodzące w skład narodowego zasobu bibliotecznego.

Organem właściwym do wydania jednorazowego zezwolenia na stały wywóz jest minister do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Art. 52 ust. 1 u.z.o.z. wprowadza generalną zasadę, że minister jest zobowiązany do wydania zezwolenia na wywóz, chyba że zgodnie z art. 52 ust. 1a u.z.o.z. zabytek posiada szczególną wartość dla dziedzictwa kulturowego. Należy podkreślić ponownie, że zakaz wywozu dzieł sztuki za granicę jest wyjątkiem od ogólnej reguły, jaką jest zgoda na ich wywóz. Wynika z tego, że jak każdy wyjątek, musi on być interpretowany w sposób ścisły i przy pełnym wyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy. Ze względu na użycie nieścisłego wyrażenia wydanie pozwolenia lub decyzji o odmowie oparte jest na swobodnym uznaniu organu administracji państwowej.

²³ K. Zalaszińska K. Zeidler, op. cit., s. 118–119.

²⁴ Lista Skarbów Dziedzictwa to forma ochrony zabytków wprowadzona do u.z.o.z. na mocy ustawy o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ustawy o muzeach z dnia 10 lipca 2015 roku, która weszła w życie 25 listopada 2016 roku, budząc kontrowersje ze względu na daleko idące ograniczenie prawa własności. Trybunał Konstytucyjny przesądził o zgodności z Konstytucją Listy Skarbów Dziedzictwa w wyroku Kp 2/15. Na listę wpisuje się zabytek ruchomy o szczególnej wartości dla dziedzictwa kulturowego na mocy decyzji ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego z urzędu lub na wniosek. Skreślenie z listy następuje na podstawie decyzji ministra.

Jednorazowe pozwolenie na czasowy wywóz zabytku za granicę zgodnie z art. 53 ust. 1 u.z.o.z. wydaje wojewódzki konserwator zabytków na wniosek podmiotu, który chce wywieźć zabytek za granicę w celach użytkowych lub wystawienniczych albo dla przeprowadzenia prac konserwatorskich. Minister jest organem właściwym w sprawach dotyczących zabytków wpisanych na Listę Skarbów Dziedzictwa. Zabytek może być wywieziony w ciągu 3 lat od dnia wydania zezwolenia.

Wielokrotne pozwolenie indywidualne na czasowy wywóz zabytku za granicę wydaje na podstawie art. 54 ust. 1 u.z.o.z. wojewódzki konserwator zabytków na wniosek podmiotu, w którego posiadaniu znajduje się zabytek, mającego zamiar wielokrotnie wywozić go za granicę w celach użytkowych lub wystawienniczych. Pozwolenie takie nie może zostać wydane dla zabytków wpisanych na Listę Skarbów Dziedzictwa. Termin ważności takiego pozwolenia nie może być dłuższy niż 3 lata. Na mocy art. 55 ust. 1 u.z.o.z. wielokrotne pozwolenie ogólne na czasowy wywóz zabytków za granicę wydaje wojewódzki konserwator zabytków na wniosek muzeum lub innej instytucji kultury, która w związku z prowadzoną działalnością zamierza wielokrotnie wywozić za granicę swoje zbiory, w całości lub w części, w celach wystawienniczych. Na mocy art. 55 ust. 3 u.z.o.z. zezwolenie może być wydane na okres nie dłuższy niż 5 lat.

Cofnięcie pozwolenia na wywóz zgodnie z art. 56 ust. 3 u.z.o.z. może nastąpić, gdy stan zabytku uległ pogorszeniu lub wyszły na jaw nowe fakty i okoliczności świadczące o tym, że wnioskodawca nie daje rąkomi. Nieemożliwe jest cofnięcie zezwolenia na stały wywóz zabytku. Po wygaśnięciu pozwolenia, zgodnie z art. 57 ust. 1 u.z.o.z., podmiot uprawniony zobowiązany jest poinformować wojewódzkiego konserwatora zabytków o przywiezieniu zabytku na terytorium Polski.

Odrębna procedura została zastrzeżona dla zabytków wchodzących w skład zbiorów publicznych, które stanowią własność Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek organizacyjnych zaliczanych do sektora finansów publicznych, lub zabytków znajdujących się w ich posiadaniu albo wchodzących w skład narodowego zasobu bibliotecznego, czasowo wywiezionych za granicę w celach wystawienniczych albo w celu urządzenia wewnątrz polskich przedstawicielstw dyplomatycznych lub urzędów konsularnych. Zgodnie z art. 56 ust. 2 u.z.o.z. nie muszą one być przywożone do kraju. Konieczne jest ponowne wystąpienie o udzielenie pozwolenia na 90 dni przed wygaśnięciem obowiązującego pozwolenia.

Po wygaśnięciu pozwolenia podmiot posiadający zabytek, na mocy art. 57 ust. 4 u.z.o.z., na wezwanie ministra właściwego do spraw kultury i dzie-

dzictwa narodowego może być zobowiązany do przedstawienia go w celu dokonania oględzin.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 u.z.o.z. wywóz zabytku za granicę albo nieprzywieszenie go zza granicy po wygaśnięciu pozwolenia stanowi przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch.

Kwestie formalne związane z wywozem zabytków uregulowane są w Rozporządzeniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 kwietnia 2011 roku²⁵. § 7 Rozporządzenia jako obligatoryjny dowód w postępowaniu w przedmiocie pozwolenia na wywóz zabytku (innego niż ogólne) wskazuje oględziny zabytku.

W przypadku wydania decyzji odmownej podmiotowi przysługuje złożenie odwołania lub wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, co w konsekwencji może doprowadzić do postępowania przed sądem administracyjnym.

2.5. ZMIANY WPROWADZONE NA MOCY USTAWY Z DNIA 25 MAJA 2017 ROKU O RESTYTUCJI DÓBR KULTURY

Kamil Zeidler już w 2007 roku postulował liberalizację prawa ograniczającego wywóz zabytków, zwracając uwagę na fakt, iż ogranicza to rozwój polskiego rynku sztuki²⁶. Postulował jedynie ograniczenie wywozu zabytków do kategorii skarbów narodowych. Art. 54 pkt 8 ustawy o restytucji narodowych dóbr, uchwalony na podstawie projektu przedstawianego w druku sejmowym 1371²⁷, wprowadza jeszcze dalej idące obostrzenia. Przewiduje on wyjątki od zakazu wywozu w przypadku zwrotu zagranicznego narodowego dobra kultury lub dzieła twórcy żyjącego, które wyprowadzono z naruszeniem prawa z terytorium państwa Unii Europejskiej od dnia 1 stycznia 1993 roku i które znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowo ustawa o restytucji nowelizuje art. 59 ust. 1 pkt 1 u.z.o.z., który w nowym brzmieniu będzie stanowił, iż „pozwolenia na wywóz za granicę nie wymagają zabytki nieobjęte kategoriami wskazanymi w art. 51 ust. 1, niewpisane do rejestru albo na Listę Skarbów Dziedzictwa, albo inwentarzy muzeów albo niewchodzące w skład narodowego zasobu bibliotecznego”²⁸.

²⁵ DzU 2011, nr 89, poz. 510.

²⁶ K. Zeidler, op. cit., s. 189.

²⁷ DzU 2017, poz. 1086.

²⁸ Druk 1371, Sejm VIII Kadencji.

Oznacza to, że muzea będą musiały uzyskiwać zgodę na wywóz wszelkich zabytków znajdujących się w ich zbiorach. Ustawa przewiduje również nowelizację art. 14a ust. 1 u.z.o.z. Ustawodawca wprowadzi sprecyzowany katalog dóbr, które mogą zostać wpisane na Listę Dóbr Kultury. Katalog ten został powielony z art. 51 ust. 1 u.z.o.z., który był wzorowany na Rozporządzeniu Rady (WE) nr 116/2009 w sprawie wywozu dóbr kultury²⁹. Konsekwencją uchwalenia ustawy w brzmieniu zaproponowanym w projekcie jest zaostrzenie prawa dotyczącego wywozu zabytków za granicę.

3. Wywóz zabytków z terytorium Republiki Czeskiej

3.1. REGULACJE PRAWNE DOTYCZĄCE WYWOZU ZABYTKÓW W CZECHACH

W Preambule do Konstytucji Czech z 16 grudnia 1992 roku³⁰ wskazano, że obywatele Czech zobowiązują się chronić i rozwijać swoje naturalne, kulturalne, materialne i duchowe dziedzictwo. Kwestie ochrony zabytków uregulowane są w ustawie o opiece nad zabytkami z 30 marca 1987 roku³¹ (dalej „Ustawa”). Ministerstwo kultury Czech, zgodnie z § 2 pkt 1 Ustawy, uznaje za zabytki kultury ruchomości i nieruchomości (lub ich zbiory), które są ważnymi dokumentami rozwoju historycznego, sposobu życia i rozwoju społeczności od czasów najdawniejszych do chwili obecnej, przejawami twórczych zdolności człowieka w najróżniejszych dziedzinach działalności, mającymi wartość rewolucyjną, historyczną, artystyczną, naukową i techniczną lub mającymi związek ze znaną osobą lub wydarzeniem historycznym. Zgodnie z regulacją § 20 ust. 1 Ustawy zabytek kultury może być wystawiany za granicą, wypożyczony za granicę lub wywieziony za granicę w innych celach za uprzednią zgodą Ministra Kultury. W przypadku narodowych zabytków kultury zgodę wydaje Rząd Republiki Czeskiej³². Zgodnie z § 20 ust. 4 Ustawy szczegółowe kwestie dotyczące wywozu zostały uregulowane przez odrębną ustawę.

²⁹ Wprowadzenie wysokich progów wartości umożliwiającej wpisanie zabytku na Listę Skarbów Dziedzictwa wydaje się błędne. Trudno dokonać wyceny zabytku ruchomego o szczególnej wartości dla dziedzictwa kulturowego ze względu na brak podobnych obiektów na rynku, a wykonana w ten sposób wycena będzie się opierała na spekulacjach. Przez to może dojść do wielu naruszeń. Co więcej, na liście mogą się nie znaleźć obiekty, których szczególna ochrona jest konieczna.

³⁰ Ústava České republiky 1/1993 Sb. poslední změna zákona: 1.06.2013.

³¹ Zákon č. 20/1987 Sb.

³² § 20 ust. 2 Ustawy stanowi, że przedmiot wykazujący cechy zabytku kulturowego zgodnie z § 2 pkt 1 może być wwieziony na stałe do Republiki Czeskiej tylko za zgodą właściwego organu państwowego kraju, z którego ma być importowany, pod warunkiem, że zasada wzajemności jest gwarantowana.

Kwestia wywozu zabytków regulowana jest przez ustawę z 23 marca 1994 roku³³ o sprzedaży, wywozie obiektów o wartości kulturowej (dalej: u.s.w.). Zgodnie z § 1 pkt 1 u.s.w. rzeczami o wartości kulturalnej, do których ma zastosowanie Ustawa, są przedmioty naturalne lub ludzkie artefakty, lub ich zbiory, które są znaczące dla historii, literatury, nauki lub techniki i spełniają wymagania określone w Załączniku nr 1. Dokument ten jako kryteria wymienia wartość oraz datę powstania. Na mocy § 1 ust. 2 u.s.w. nie stosuje się do sprzedaży i wywozu zabytków kultury i narodowych zabytków kultury zarejestrowanych w kolekcjach typu muzealnego oraz elementów takich kolekcji, archiwów i dzieł żyjących twórców, a także ruchomości wwiezionych do Czech na czasowy użytek. Wywóz za granicę zabytków kulturowych Czech jest możliwy, zgodnie z § 2 ust. 1 u.s.w., po uzyskaniu certyfikatu na czas określony lub na wywóz stały. Zezwolenie na wywóz stały może być udzielone na mocy § 2 ust. 5 u.s.w., o ile obiekt zabytkowy nie jest chroniony na podstawie szczególnych ustaw, nie wykazuje cech obiektów chronionych na podstawie szczególnych regulacji i nie jest zawarty w Punkcie XVII Załącznika nr 1. Certyfikat, zgodnie z § 2 ust. 2 u.s.w., wydawany jest na wniosek przez muzea, galerie, biblioteki, organy Narodowego Instytutu Dziedzictwa i Ministra Kultury.

§ 4–6 u.s.w. regulują kwestie proceduralne. Na mocy § 4 ust. 1 wniosek składa się na formularzu stanowiącym załącznik do ustawy, kierując go do organu właściwego ze względu na miejsce pobytu lub siedzibę wnioskodawcy. Właściciel jest zobowiązany do umożliwienia przeprowadzenia oględzin dzieła. § 5 u.s.w. określa maksymalne terminy trwania postępowania. W przypadku rozstrzygania przez specjalistyczne organy termin ten wynosi 21 dni. W przypadku, gdy organy te nie są w stanie rozstrzygnąć sprawy, zobowiązane są przekazać ją do Ministra Kultury, który wydaje decyzję w terminie 3 miesięcy. Zgodnie z § 6 ust. 1 u.s.w. właściciel otrzymuje trzy kopie pozwolenia – B, C i D, a kopia A jest przechowywana w archiwum Ministerstwa Kultury przez 20 lat. Pozwolenie na wywóz czasowy na mocy § 6 ust. 3 u.s.w. może być wykorzystywane nie dłużej niż 5 lat, a na wywóz na stałe – przez 3 lata (§ 6 ust. 4 u.s.w.).

§ 8 ust. 1 u.s.w. wprowadza odpowiedzialność karną za wywożenie lub wywiezienie dobra o wartości kulturowej bez pozwolenia. Ustawa przewiduje karę grzywny. Ciekawym rozwiązaniem jest przewidziane w § 8 ust. 7 u.s.w. wprowadzenie odpowiedzialności wyspecjalizowanego organu, który nie przekazał sprawy ministrowi. Organ zobowiązany jest do zapłaty grzywny.

³³ Zákon č. 71/1994 Sb.

Kolejnym aktem prawnym regulującym wywóz dóbr kultury jest ustawa z 25 kwietnia 2002 roku o wywozie niektórych dóbr kultury poza obszar celny Wspólnoty Europejskiej³⁴ (dalej: u.w.n.d.). Na mocy § 4 u.w.n.d. wniosek o wydanie pozwolenia na wywóz powinien być złożony wraz z homologacją, zezwoleniem lub świadectwem wydanym na podstawie specjalnych przepisów, ewentualnie wraz z wnioskiem o zatwierdzenie lub wnioskiem o udzielenie zezwolenia na formularzu wydanym przez Ministerstwo Kultury. Zgodnie z § 5 ust. 3 u.w.n.d. dobra kultury mogą być eksportowane tylko w ciągu 12 miesięcy od daty wydania zezwolenia na wywóz. § 7 u.w.n.d. przewiduje odpowiedzialność karną za wywóz zabytku bez pozwolenia. Ustawa przewiduje jedynie kary pieniężne i grzywny.

3.2. „SŁOWIAŃSKA EPOPEJA” ALFONSA MUCHY – STUDIUM PRZYPADKU

Ostatnio w Czechach kontrowersje wzbudziła kwestia wywozu dwudziestu płócien składających się na cykl „Słowiańska epopeja” Alfonsa Muchy, przedstawiających mitologię i historię Czech oraz innych ludów słowiańskich³⁵. Wspólnie z fundatorem projektu, Charlesem Richardem Crane’em, Mucha podarował cykl miastu Praga w październiku 1928 roku, pod warunkiem, że miasto wybuduje stałe miejsce, w którym będzie wystawiana ta seria.

Zgodnie z procedurami przewidzianymi przez ustawę z dnia 23 marca 1994 roku o sprzedaży i wywozie obiektów o wartości kulturowej oraz ustawę z dnia 25 kwietnia 2002 roku o wywozie niektórych dóbr kultury poza obszar celny Wspólnoty Europejskiej pozwolenie na wywóz musi wydać Minister Kultury. Zostało ono wydane 6 grudnia 2016 roku, jednakże jedynie na wywóz do Tokio.

Wywóz „Epopei” stał się pretekstem do wystąpienia z powództwem spadkobierców Alfonsa Muchy o unieważnienie darowizny ze względu na naruszenie umowy z 1928 roku. Miasto odpięra ten zarzut, tłumacząc, że podróż cyklu pozwoli zgromadzić środki konieczne do realizacji zastrzeżonego warunku. Początkowo planowano wypożyczenie „Słowiańskiej epopei” do Japonii, Chin, Korei Południowej i Stanów Zjednoczonych. Pomysł ten został szeroko skrytykowany przez środowisko konserwatorskie w Czechach³⁶.

³⁴ Zákon č. 214/2002 Sb.

³⁵ P. J. Heijmans, *Czech Artist's Grandson Sues to Block Loan of Works to Tokyo*, [online] https://www.nytimes.com/2017/01/06/arts/design/alphonse-mucha-slav-epic.html?_r=0 [dostęp: 24.03.2017].

³⁶ Sprzeciw wyraziło Stowarzyszenie na Rzecz Ochrony i Rozwoju Dziedzictwa Kulturowego, [online] <http://www.asorkd.cz/wp-content/uploads/2010/12/ZP-Odborná-opověď-na-web-MK.pdf> [dostęp: 13.03.2017].

Członkini prezydium Stowarzyszenia na Rzecz Ochrony i Rozwoju Dziedzictwa Kulturowego – Zuzana Poláková – zarzuciła pozwoleniu z 6 grudnia 2016 roku naruszenie § 5 ust. 3 ustawy z 25 kwietnia 2002 roku o wywozie niektórych dóbr kultury poza obszar celny Wspólnoty Europejskiej, ponieważ pozwolenie wydano na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Przeciwno wywozowi był również Czeski Komitet ICOMOS³⁷, który w stanowisku z 19 czerwca 2016 roku stwierdził, że „należy uznać za bardzo niepożądany i niepoważny zamiar [wywozu „Słowiańskiej epopei”], zarówno jeśli chodzi o kolosalne ryzyko uszkodzenia ogromnych płócien i bardzo delikatną tkaninę, jak i pod względem godności i suwerenności Państwa”³⁸. Co więcej, Czeski Komitet ICOMOS zwrócił uwagę na to, że **„odpowiedzialne podejście do dziedzictwa kulturowego narodów musi zawsze mieć pierwszeństwo przed korzyściami majątkowymi i interesami politycznymi”**³⁹. Dzięki takiej reakcji udało się ograniczyć podróż „Słowiańskiej epopei” jedynie do wystawy w Tokio⁴⁰.

Fundacja Muchy⁴¹ wraz ze Stowarzyszeniem na Rzecz Ochrony i Rozwoju Dziedzictwa Kulturowego przygotowały petycję o nadużyciu związanym z wywozem bezcennego cyklu⁴². W dokumencie zwrócono uwagę na fakt, iż już w 1936 roku nie udzielono pozwolenia na wywóz obrazów ze względu na ogromny rozmiar płócien. Jan Mucha, wnuk Alfonsa Muchy i członek Fundacji Muchy, zapowiedział, że jest w stanie zdobyć dofinansowanie prywatnych fundatorów oraz Unii Europejskiej, które pozwoli na stworzenie odpowiedniej przestrzeni dla cyklu. Proces sądowy trwa nadal.

³⁷ Międzynarodowa Rada Ochrony Zabytków i Miejsc Historycznych utworzona w 1965 roku.

³⁸ ICOMOS, Conseil international des monuments et des sites, *Slovanská epopej ohrožena*, [online] <http://icomos.cz/index.php/en/pamatky-unesco/78-slovanska-epopej-ohrozena> [dostęp: 15.03.2017].

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Zdjęcia umieszczone przez Fundację Muchy wskazują na liczne pęknięcia płótna po rozstawieniu wystawy w Japonii, zob. Zdjęcia „Słowiańskiej epopei”, [online] <https://www.facebook.com/AlphonseMucha/posts/10154075817126324> [dostęp: 21.03.2017].

⁴¹ Fundacja Muchy jest niezależną organizacją non-profit, działającą w celu zachowania i promowania prac Alfonsa Muchy.

⁴² 23 marca 2017 roku petycję podpisało 10 559 osób. Zob. Petycja Fundacji Alfonsa Muchy przeciwko wywozowi „Słowiańskiej epopei”, [online] <http://www.zachrante-epopej.cz/en/> [dostęp: 21.03.2017].

Wnioski

Wprowadzenie ograniczenia w wywozie zabytków za granicę jest koniecznym narzędziem w procesie ochrony dóbr kultury. Dodatkowo pozwala ono na ograniczenie kradzieży dzieł sztuki. Wprowadzenie strefy Schengen zmniejszyło znaczenie zezwoleń na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, ale nadal pozwalają one na wykrycie wielu nieprawidłowości. Polskie regulacje wskazują na ponowne tendencje zmierzające do zaostrzenia prawa. Tak ukształtowane regulacje prowadzą do ograniczenia obrotu zabytkami i dobrami kultury. W szczególności cudzoziemcom trudno przejść przez procedurę związaną z uzyskaniem pozwolenia. Rodzi to negatywne konsekwencje dla rozwoju handlu na polskim rynku sztuki⁴³. Już Kamil Zeidler zwrócił uwagę, że „dopóki krajowe przepisy nie zostaną zliberalizowane, polska sztuka nie będzie mogła stać się uznanym i pełnoprawnym uczestnikiem kultury europejskiej”⁴⁴. Czeskie rozwiązania również mają bardzo rozbudowaną stronę formalną. Badany przykład „Słowiańskiej epopei” pokazuje jednakże, że same zakazy nie gwarantują odpowiedniego stopnia ochrony dziedzictwa. Konieczne jest również każdorazowo wyważenie wartości pomiędzy dobrem publicznym i korzyściami finansowymi. W sprawach związanych z udzieleniem pozwolenia na wywóz same przepisy nie wystarczą – konieczna jest również refleksja nad znaczeniem danego dzieła i pozostawienie ostatecznej decyzji swobodnej ocenie kompetentnego organu, wyposażonego w katalog instrumentów pomagających w podjęciu słusznej decyzji.

RESTRICTIONS ON EXPORTS OF MOVABLE MONUMENTS IN POLISH AND CZECH LAW

ABSTRACT

The necessity of limiting the freedom of transport of moveable monuments is connected with the crime and protection of the cultural heritage of states. One of the pillars on which the European Union is based is the free movement of goods, which is not apply strictly. Article 36 of the Treaty on the Functioning of the European Union permits quantitative restrictions on imports and exports between Member States which are justified by the protection of national treasures of artistic, historical or archaeological value. These prohibitions can not only be discriminatory. The article will present the history of Polish development of regulations concerning the export of monuments and brief analysis of Czech regulations. The analysis will be subjected to a case concerning the loan for the exhibition in Tokyo of the cycle “Slavic epic” by Alfons Mucha.

⁴³ K. Zeidler, *op. cit.*, s. 188.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 189.

KEYWORDS

law, monuments, export, protection, prohibition, the Czech Republic, Poland

BIBLIOGRAFIA

AKTY PRAWNE

1. „Decyzja nr 1” Ministra Kultury i Sztuki w sprawie zakazu wywozu dóbr kultury za granicę.
2. Dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury – DzU 1918, nr 16, poz. 36.
3. Dekret z 1 marca 1946 roku o rejestracji i zakazie wywozu dzieł sztuki plastycznej oraz przedmiotów o wartości artystycznej, historycznej lub kulturalnej – DzU 1946, nr 14, poz. 99.
4. Projekt ustawy o restytucji narodowych dóbr kultury – Druk 1371, Sejm VIII Kadencji.
5. Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 kwietnia 2011 roku – DzU 2011, nr 89, poz. 510.
6. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 1928 roku o opiece nad zabytkami – DzU 1928, nr 29, poz. 265.
7. Rozporządzenie Rady (WE) nr 116/2009 z dnia 18 grudnia 2008 roku – DzU UE L 2009.39.1.
8. Ústava České republiky 1/1993 Sb. poslední změna zákona: 1.06. 2013.
9. Ustawa o ochronie dóbr kultury z dnia 15 lutego 1962 roku – DzU 1962, nr 10, poz. 48.
10. Ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – DzU 2014.1446 j.t.
11. Zákon České národní rady o státní památkové péči – Zákon č. 20/1987 Sb.
12. Zákon o prodeji a vývozu předmětů kulturní hodnoty – Zákon č. 71/1994 Sb.
13. Zákon o vývozu některých kulturních statků z celního území Evropských společenství – Zákon č. 214/2002 Sb.

ORZECZNICTWO

1. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 marca 2006 r., I SA/Wa 1019/05, Legalis numer 311584.

MONOGRAFIE

1. Jagielska-Burduk A., *Zabytek ruchomy*, Warszawa 2011.
2. Nicholas L. H., *The Rape of Europa. The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War*, New York 1995.
3. Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, t. I, Kraków 2001.
4. Zalaśńska K., Zeidler K., *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015.
5. Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa–Kraków 2007.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

1. Dziennik Senatu VI Kadencji nr 42, [online] <http://ww2.senat.pl/k6/dok/diar/42/4206b.htm> [dostęp: 13.08.2017].
2. Heijmans P. J., *Czech Artist's Grandson Sues to Block Loan of Works to Tokyo*, [online] https://www.nytimes.com/2017/01/06/arts/design/alphonse-mucha-slav-epic.html?_r=0 [dostęp: 24.03.2017].
3. Krupa-Dąbrowska R., *Ruchome zabytki trafią na Listę Skarbów Dziedzictwa*, [online] <http://www.rp.pl/Prawo-dla-Ciebie/309199987-Ruchome-zabytki-trafia-na-Liste-Skarbow-Dziedzictwa.html> [dostęp: 24.03.2017].
4. Petycja Fundacji Alfonsa Muchy przeciwko wywozowi „Słowiańskiej epopei”, [online] <http://www.zachrante-epopej.cz/en/> [dostęp: 21.03.2017].
5. Pismo Czeskiego Komitetu Narodowego ICOMOS z dnia 19 lipca 2016, [online] <http://icomos.cz/index.php/en/pamatky-unesco/78-slovanska-epopej-ohrozena> [dostęp: 15.03.2017].
6. Pismo Stowarzyszenia na rzecz ochrony i rozwoju dziedzictwa kulturowego, [online] <http://www.asorkd.cz/wp-content/uploads/2010/12/ZP-Odborná-odpověď-na-web-MK.pdf> [dostęp: 13.03.2017].
7. Zdjęcia „Słowiańskiej epopei”, [online] <https://www.facebook.com/AlphonseMucha/posts/10154075817126324> [dostęp: 21.03.2017].

MATEUSZ GRZEŚKÓW

UNIwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Gospodarczego Prywatnego
E-MAIL: MW.GRZESKOW@GMAIL.COM

Akcje obejmowane za wkłady pozbawione zdolności aportowej w prostej spółce akcyjnej (PSA)

STRESZCZENIE

Niniejszy artykuł dotyczy problematyki dopuszczenia do obrotu akcji obejmowanych w zamian za wkład w postaci pracy, świadczonych usług lub wiedzy. Choć na gruncie art. 14 § 1 k.s.h. jest to niedopuszczalne w przypadku spółek kapitałowych, zakaz ten nie obejmuje prostej spółki akcyjnej (PSA), nad której kształtem toczą się obecnie prace legislacyjne. Stanowi to istotną nowość w polskim systemie spółek kapitałowych, a ze względu na proponowany kształt regulacji nacechowanej znaczną swobodą założycieli w kształtowaniu struktury spółki może być źródłem wielu problemów, których wskazanie i omówienie ma miejsce w tym opracowaniu. Na szczególną uwagę zasługują takie kwestie, jak: katalog owych wkładów, ich zastosowanie, ograniczenie do grona osób fizycznych, ograniczenie zbywalności akcji czy ich konwersja w akcje zwykłe, umorzenie bądź unieważnienie, finalnie dotyczące odpowiedzialności za wniesiony wkład. O ile drobiazgowo uregulowanie tych zagadnień mija się z celem z racji pryncypiów, na jakich oparta jest reforma, o tyle wskazane jest, by ustawa zawierała co najmniej podstawowe mechanizmy w tym zakresie celem ograniczenia wątpliwości interpretacyjnych.

SŁOWA KLUCZOWE

prosta spółka akcyjna, akcje, wkład pracy, wkład wiedzy, zdolność aportowa, reforma

Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie dotyczy propozycji wysuniętych w zarysie koncepcji prostej spółki akcyjnej (PSA)¹, zwłaszcza co do możliwości obejmowania

¹ Nowa spółka funkcjonuje w dyskursie pod nazwą prostej spółki akcyjnej (PSA) i takie nazewnictwo jest w niniejszym artykule przyjęte, niemniej jednak rozważana jest

akcji w spółce w zamian za wkład pozbawiony zdolności aportowej. Zasadniczo odbiega to od przyjętego rozwiązania w kodeksie spółek handlowych² w odniesieniu do spółek kapitałowych, który takiej możliwości nie dopuszcza. Z tego względu należy bliżej przyrzeć się powyższej problematyce, bowiem stanowi ona nie tylko istotne *novum* w przypadku spółek kapitałowych, ale rodzi także szereg problemów wymagających omówienia.

Ze względu na fakt, iż PSA nadal znajduje się na etapie wstępnych prac, a sam projekt przepisów regulujących funkcjonowanie spółki nie został dotąd opracowany³, należy w części wprowadzającej przybliżyć koncepcje leżące u podstaw PSA, która, czego autorzy nie kryją, inspirowana jest w dużej mierze francuską prostą spółką akcyjną (*Société par actions simplifiée* – SAS)⁴ oraz słowacką prostą spółką akcyjną (jednoduchá spoločnosť na akcie)⁵.

Zgodnie z zapowiedziami projektodawców PSA ma być trzecią spółką kapitałową przewidywaną przez polskie prawo, obok spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej, o całkowicie autonomicznym charakterze⁶. Oznacza to, iż ma ona otrzymać w pełni kompleksową regulację prawną, uwzględniającą specyfikę przewidywanych rozwiązań, a ponadto nie należy jej traktować jako uproszczonej spółki akcyjnej czy też tworu przejściowego na drodze do tego podmiotu. Tak przyjęte rozwiązanie wynika z tego, iż celów stawianych PSA wedle opinii projektodawców nie da się osiągnąć za pomocą dotychczas istniejących form spółek kapitałowych⁷. Czysto teoretycznie ma być ona przystosowana do prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze przedsięwzięć innowacyjnych, a zatem skierowana przede wszystkim do tak zwanych *start-upów*⁸. Jednocześnie odnotować należy, iż spółka ta ma nie posiadać ograniczeń w zakresie przedmiotu działalności, a zatem może być zaadresowana do nieograniczonego kręgu przedsiębiorców. W kwestii struktury majątkowej PSA ma przewidywać,

zmiana nazwy na prostą spółkę kapitałową (PSK). Zob. *Zarys koncepcji prostej spółki akcyjnej*, Ministerstwo Rozwoju, czerwiec 2016, [online] <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4198> [dostęp: 26.03.2017], zwany dalej „zarysem”.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: DzU 2000, nr 94, poz. 1037 ze zm.), zwana dalej: k.s.h.

³ Stan prawny na dzień 26 marca 2017 roku. Wszelkie uwagi w niniejszym artykule czynione są z tej perspektywy czasowej.

⁴ Utworzona w 1994 roku na podstawie nowelizacji *Code de Commerce*.

⁵ Spółka ta obecna jest na Słowacji od niedawna. Przepisy ją regulujące weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 roku.

⁶ *Zarys...*, op. cit., s. 5.

⁷ *Ibidem*, s. 3–4.

⁸ *Ibidem*, s. 2–3.

jak na polskie warunki, rozwiązanie rewolucyjne w postaci odejścia od instytucji kapitału zakładowego i zastąpienia go kapitałem podstawowym opartym na akcjach pozbawionych wartości nominalnej⁹. Przyjęcie tego rozwiązania jest warunkiem *sine qua non* uznania akcji obejmowanych za wkład pozbawiony wartości aportowej.

Chociaż artykuł dotyczy zagadnień w sferze *de lege ferenda*, należy odnotować, iż część postulatów wysuwanych przez projektodawców od lat dyskutowana jest w doktrynie prawa spółek¹⁰, a niektóre rozwiązania są recypowane z poprzednich, zarzuconych projektów reformujących system spółek¹¹. Nawet zakładając finalne fiasko projektu w postaci jego zarzucenia czy też rezygnacji z rozwiązań najbardziej rewolucyjnych, wysoce prawdopodobne jest, iż część poruszanych tutaj zagadnień odżyje w przyszłości przy kolejnych reformach, podobnie jak ma to miejsce obecnie.

1. Zagadnienia ogólne dotyczącego reżimu akcji w PSA

W pierwszej kolejności należy poczynić kilka uwag o charakterze generalnym co do konstrukcji akcji występujących w PSA. Abstrahując od domniemanego autonomicznego charakteru przepisów regulujących tę spółkę, należy się spodziewać, iż szereg zapisów w tej kwestii zostanie zwyczajnie albo wprost recypowanych ze spółki akcyjnej albo skonstruowanych na zasadzie odesłań do tychże, przy czym pamiętać należy, iż będą one musiały uwzględnić specyfikę przepisów regulujących akcje pozbawione wartości nominalnej w stosunku do tych o wartości nominalnej w spółce akcyjnej.

Daje to asumpt do twierdzenia, iż pojęcie akcji w PSA będzie rozumiane w sposób zbliżony do akcji w spółce akcyjnej, tj. jako źródło pochodzenia wkładów pokrywających akcje beznominałowe, ogół praw i obowiązków

⁹ Szerzej o akcjach pozbawionych wartości nominalnej zob. M. Cejmer, K. Zawicki, *Akcje bez określonej wartości nominalnej*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II: *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2005.

¹⁰ Między innymi problematyka reformy kapitału zakładowego, wprowadzenia akcji bez wartości nominalnych, uelastycznienia struktury majątkowej czy zmian w zakresie ochrony interesów wierzycieli. Przykładowo por. A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II: *Instytucje prawne...*, op. cit.; A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6; S. Sołtysiński, *Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 9; oraz obficie przywoływana tam literatura.

¹¹ Por. *Projekt Polskiej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego dotyczący reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/237400> [dostęp: 26.03.2017].

akcjonariusza wobec spółki oraz jako dokument ucieleśniający ogół jego praw¹². W ramach tego ostatniego mieści się też zapis na rachunku maklerskim, co w przypadku PSA może okazać się preferowanym rozwiązaniem w obrocie ze względu na postulat dopuszczenia dematerializacji akcji¹³.

Analogicznie należy spodziewać się rozróżnienia na akcje na okaziciela i imienne oraz akcje zwykłe (hołdujące zasadzie równouprawnienia akcjonariuszy) i uprzywilejowane (przewidujące odstępstwa na korzyść niektórych akcjonariuszy, co do zasady będące akcjami imiennymi). Zarys także wprost dopuszcza akcje nieme. Nie wprowadza to zatem wyłomu do obecnego systemu akcji w spółce akcyjnej. Źródło problemu tkwi w innym miejscu, bowiem o ile w spółce akcyjnej art. 304 § 4 k.s.h. ogranicza swobodę założycieli w konstruowaniu kształtu spółki poprzez niemożność zmiany regulacji o wyczerpującym charakterze, a w pozostałym zakresie nie dopuszcza do wprowadzania rozwiązań sprzecznych z jej naturą lub dobrymi obyczajami, o tyle w przypadku PSA sytuacja kształtuje się odwrotnie, tj. przepisom z zasady ma zostać nadany charakter *ius dispositivum* z niewielkimi odstępstwami. Spółka ta, wychodząc naprzeciw postulatowi pozostawienia założycielom pełnej swobody w konstruowaniu postanowień statutowych, tylko pogłębi dotychczas istniejące problemy interpretacyjne na gruncie spółki akcyjnej. Szczególnie dotyczy to katalogu uprzywilejowania akcjonariusza z akcji oraz relacji tegoż do uprawnień osobiście przyznanych w myśl art. 354 § 1 k.s.h. Należy pamiętać, iż w tym pierwszym wypadku uprzywilejowanie związane jest z akcją i w razie jej zbycia przechodzi na nabywcę (chyba że statut przewiduje inaczej), a w drugim wypadku w razie wyjścia ze spółki akcjonariusza imiennie oznaczonego w statucie jego uprawnienie zawsze wygasa¹⁴.

Art. 351 § 2 k.s.h. wprost przewiduje otwarty charakter katalogu uprzywilejowania akcjonariusza z akcji, a zamieszczone tam wyliczenie jest przykładowe. Próba określenia granic swobody założycieli spółki w tej kwestii wywołuje spory w doktrynie. Przykładowo, za dopuszczalne uznaje się następujące rozwiązania: pierwszeństwo wykonania prawa poboru, pierwszeństwo lub w ostatnim rzędzie umorzenie akcji, pierwszeństwo zbywania akcji, uprzywilejowanie co do prawa zwoływania walnego zgromadzenia¹⁵. Jednocześnie wskazuje się, iż następujące rozwiązania byłyby nie do pogo-

¹² W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 782.

¹³ Zarys..., op. cit., s. 9.

¹⁴ W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, op. cit., s. 809, 812, 826 (zachodzi między tymi regulacjami stosunek krzyżowy); A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2015, s. 300–301.

¹⁵ Za: ibidem, s. 304–305.

dzenia z naturą spółki (w rozumieniu art. 304 § 4 k.s.h.) i stąd nie mieszczą się w omawianym katalogu: prawo powoływania lub odwoływania określonych członków organów spółki, prawo indywidualnej kontroli spółki czy prawo weta wobec uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy¹⁶, natomiast część z tych rozwiązań jest dopuszczalna na gruncie art. 354 § 1 k.s.h. Koresponduje to z wieloletnim sporem o dopuszczalność utworzenia tak zwanej złotej akcji w spółce¹⁷.

Powyższe informacje wskazują, iż ogólny przegląd kompleksowej regulacji spółki akcyjnej w tej materii jest źródłem szeregu problemów interpretacyjnych. Należy się spodziewać ich przeniesienia na grunt PSA z racji znacznie większej swobody konstruowania statutu spółki. *De lege ferenda* wskazane jest postulować, by regulacja PSA zawierała w tym zakresie co najmniej modelowe uregulowanie, które znajdowałoby zastosowanie w razie braku odniesień do danej kwestii w statucie, tym bardziej, iż ewidentne jest, że PSA będzie spółką cechującą się w znacznym stopniu elementami osobowymi, co już otwiera furtki interpretacyjne co do wykładni wszelkich katalogów uprzywilejowania w sposób szerszy, niż miałyby to miejsce na gruncie spółki akcyjnej.

Należy odnotować, iż w pierwotnym zarysie brano także pod uwagę możliwość ustanowienia specyficznego reżimu modelu akcji opartego na kryterium roli pełnionej przez danego akcjonariusza. PSA mogłaby w tym wypadku emitować tak zwane akcje założycielskie (inwentyorskie), akcje inwestorskie, akcje dla pracowników spółki oraz akcje dla doradców¹⁸. Model ten jednak mógłby być w praktyce nazbyt sztywny, a tak naprawdę tylko komplikowałby strukturę akcjonariatu i jednocześnie nie wprowadzałby żadnych nowych instrumentów, które obecnie w spółce akcyjnej nie mają miejsca, z wyjątkiem akcji założycielskich, które wpisują się w problematykę kolejnego rozdziału.

2. Wkłady pozbawione zdolności aportowej w PSA

2.1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Zasadniczo akcje w spółce obejmuje się w zamian za wkłady pieniężne, które w praktyce obrotu nie budzą żadnych wątpliwości, oraz wkłady niepieniężne (tak zwane aporty), które zdefiniować można wyłącznie w spo-

¹⁶ Za: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, op. cit., s. 824–825.

¹⁷ Ibidem, s. 823–827 i przywołana tam literatura. W tym przypadku szczególnie rozważa się dopuszczalność przyznania akcjonariuszowi prawa weta na mocy uprzywilejowanej akcji bądź uprawnienia przyznanego osobiście.

¹⁸ Zarys..., op. cit., s. 9.

sób negatywny, tj. aportem może być każda wartość majątkowa niebędąca wkładem pieniężnym¹⁹. Aby doprecyzować ową definicję, doktryna zbudowała pojęcie tak zwanej zdolności aportowej, która składa się z trzech następujących kryteriów: wartości majątkowej; aktualności, realności i pewności; zbywalności²⁰. Dwa pierwsze kryteria łączą się z istotą kapitału zakładowego, bowiem akcje, stanowiące ułamek kapitału zakładowego, muszą być pokryte wartościami majątkowymi w wysokości odpowiadającej co najmniej ich wartości nominalnej oraz muszą mieć realną wartość ekonomiczną dla spółki, tak by z tytułu jej przysporzenia, już w momencie wniesienia wkładów do spółki, mogła ona z nich korzystać na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej. Dwa ostatnie kryteria zazębiają się także z zakazem określonym w art. 14 § 1 k.s.h. Do spółki nie mogą być wniesione ani wkłady o charakterze osobistym, które w znacznym stopniu zależą od postawy wnoszącego (a jest to problematyczne w przypadku pracy lub usług)²¹, ani wkłady niezbywalne, których nie można przenieść na spółkę ani ona nie może nimi rozporządzać. Katalog aportów jest otwarty, a w doktrynie podnosi się, iż w pewnych wypadkach istnieją poważne wątpliwości interpretacyjne, co posiada zdolność aportową, a co jej nie ma, przy czym należy ją w pierwszej linii rozpatrywać przez pryzmat kapitału zakładowego²². Obok tego istnieje jeszcze problematyka tak zwanych pozornych wkładów niepieniężnych, które w rzeczywistości pozbawione są wartości majątkowej albo wynosi ona tylko nieznaczny ułamek wartości deklarowanej oraz tak zwanych ukrytych aportów²³. Tematyka ta jest istotna z perspektywy obecnie funkcjonujących spółek kapitałowych opartych na kapitale zakładowym, gdyż uchybienie powyższym obowiązkom narusza jego funkcję ochronną²⁴ oraz ekonomiczną²⁵.

¹⁹ *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, Warszawa 2014, s. 44–45; A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2015, s. 117–119; A. Szumański, *Wkłady niepieniężne do spółek kapitałowych*, Warszawa 1997, s. 21.

²⁰ A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 243–244; por. *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, op. cit., s. 73–74; czy też zaproponowane pod reżimem kodeksu handlowego: A. Szumański, *Wkłady...*, op. cit., s. 96–101.

²¹ Idem, *Pojęcie i przedmiot aportu do spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1995, nr 1, s. 5.

²² A. Opalski, *Europejskie...*, op. cit., s. 245 i przywołana tam literatura; *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, op. cit., s. 79–82 i przywołana tam literatura; M. Minas, *Zdolność aportowa*, „Rejent” 1995, nr 9, s. 88; J. Jacyszyn, *Postacie pokrycia wkładu niepieniężnego w spółkach kapitałowych*, „Rejent” 1992, nr 12, s. 12–18.

²³ *Kodeks spółek handlowych*, t. IIIa: *Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2016, s. 238–239.

²⁴ A. Opalski, *Kapitał Zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002, s. 20–23.

Rewolucja w przypadku PSA polega na odejściu od instytucji kapitału zakładowego, a zatem powyższe problemy będą mieć mniejsze znaczenie w przypadku wkładów wnoszonych na pokrycie jej akcji. Art. 14 § 1 k.s.h. nie znajdzie zatem zastosowania w przypadku tej spółki. Siłą rzeczy nie sposób też nie zauważyć, iż na gruncie PSA zredefiniowane zostanie pojęcie aportu, w przypadku którego ograniczymy się do stwierdzenia, iż jest nim każdy wkład niebędący wkładem pieniężnym, dopóki przynosi spółce określone korzyści gospodarcze. Konstytuuje to zatem niezwykle szeroki katalog potencjalnych aportów w PSA, a co zatem idzie wywołuje liczne problemy interpretacyjne i funkcjonalne, o których powiemy szerzej w kolejnych podrozdziałach. Inaczej muszą też zostać rozłożone akcenty w kwestii badania wartości wnoszonych aportów. W spółkach opartych na kapitale zakładowym przeprowadza się rewizję głównie pod kątem tej instytucji. W PSA natomiast rzecz będzie traktowana znacznie swobodniej, gdyż w centrum zainteresowania pozostanie, czy spółka w drodze swoistej umowy (akcje w spółce w zamian za określone wkłady) uzyskuje korzyści, niekoniecznie o charakterze majątkowym, a naruszenie owej umowy rodzić będzie odpowiedzialność odszkodowawczą bądź inną określoną przepisami prawa lub postanowieniami statutowymi.

Należy w tym miejscu także odnotować, iż zakaz analogiczny do określonego w art. 14 § 1 k.s.h. nie obowiązuje z zasady w odniesieniu do spółek osobowych. Próby przeniesienia doświadczeń z tej materii do spółek kapitałowych mają ograniczone zastosowanie z racji całkowicie odmiennego konstrukcji struktur majątkowych oraz odmiennego rozumienia pojęcia udziału w spółce osobowej i kapitałowej. Szereg potencjalnych problemów (omawianych niżej) w tej pierwszej nie może mieć miejsca. Pomocne mogą być natomiast uwagi o naturze ogólnej bądź też problematyka wyceny wkładów pozbawionych zdolności aportowej.

2.2. PRZEDMIOT WKŁADÓW POZBAWIONYCH ZDOLNOŚCI APORTOWEJ

Zarys zawiera lakoniczne stwierdzenie, iż w PSA dopuszczalne będzie obejmowanie akcji w zamian za wkład w postaci świadczenia pracy lub wkład intelektualny. Poniżej prezentowane jest omówienie tych dwóch kategorii.

2.2.1. WKŁAD W POSTACI ŚWIADCZENIA PRACY

W pierwszej kolejności poczynić należy uwagę, iż w zarysie posłużono się pojęciem „akcje obejmowane przez akcjonariusza [...] w zamian za pracę”.

²⁵ Ibidem, s. 23–24.

Zestawiając to sformułowanie z treścią art. 14 § 1 k.s.h., można postawić wniosek, iż przedmiotem wkładu może być tylko świadczenie pracy, ale już nie usług, wydaje się jednak, iż byłoby to zbyt daleko idące zawężenie. Dlatego poniżej prezentowany jest wywód oparty na zakazie wypływającym z art. 14 § 1 k.s.h., a zatem przyjęte zostaje, iż do PSA dopuszczalne ma być wniesienie wkładu w postaci świadczenia usług lub pracy. Bądź co bądź istota obydwu tych kategorii jest identyczna. Wykładnię pojęcia „wkładu w postaci świadczenia usług lub pracy” z przyczyn systemowych należy dokonać w sposób analogiczny, jak ma to miejsce na gruncie spółek osobowych. Wydaje się, iż byłoby niezasadne budowanie na potrzeby PSA odrębnego rozumienia istoty tego wkładu, zważywszy zresztą, że jego charakter przesądza o niedopuszczeniu go *de lege lata* w odniesieniu do podmiotów opartych na kapitale zakładowym. W istocie rozróżnienie między pracą a usługami nie ma żadnego znaczenia w kontekście niniejszego artykułu (wnioski co do charakteru tego wkładu są takie same), na co zresztą zwraca uwagę także doktryna. Wątpliwości budzi to, czy pojęcie „pracy” należy rozumieć w wąskim znaczeniu, w kontekście umowy o pracę, czy w szerszym znaczeniu, w postaci wykonywania określonych czynności na rzecz spółki. To drugie rozumienie *de facto* odpowiada wykładni pojęcia „świadczenia usług”²⁶. Stąd w dalszej części artykułu mowa tylko o wkładzie w postaci pracy.

Czynności w ramach tego wkładu mogą mieć charakter jednorazowy lub okresowy i składać się zarówno z czynności faktycznych, jak i prawnych. Niekoniecznie muszą być nakierowane na osiągnięcie określonego celu. O ile w spółkach osobowych wskazuje się, iż nie powinny się one pokrywać z prawami i obowiązkami prowadzenia spraw spółki albo reprezentowania jej, gdyż w myśl art. 29 i 39 k.s.h. zasadniczo wpisane są one w naturę wspólnika spółki osobowej²⁷, o tyle na gruncie PSA należy postawić wniosek przeciwny. Jest to pochodną natury spółek kapitałowych, w których istotę wpisany jest rozdział sfery właścicielskiej od menadżerskiej, a wspólnicy i akcjonariusze nie mają ani prawa, ani obowiązku czy to prowadzenia spraw spółki, czy jej reprezentacji. Oczywiście w praktyce funkcjonowania spółek z ograniczoną odpowiedzialnością czy tak zwanych zamkniętych spółek akcyjnych wspólnicy lub akcjonariusze często są członkami ich organów, a zatem podejmują się tych czynności, niemniej jednak wynika to faktu pełnienia funkcji członka zarządu. W takim ujęciu akcje objęte w PSA

²⁶ *Wkłady niepieniężne do spółek handlowych*, red. U. Promińska, Warszawa 2017, s. 119–121.

²⁷ *Ibidem*, s. 121–122.

stają się formą wynagrodzenia za zarządzanie spółką. Poza tym należy zauważyć, iż przeważnie wkład w postaci pracy sprowadzać się będzie do wykonywania czynności powiązanych z przedmiotem działalności danej PSA, czego tutaj *in abstracto* nie sposób analizować, gdyż wymagałoby to kazuistycznego opisu potencjalnych możliwych przedsięwzięć biznesowych. W ogólnym rozrachunku należy przyjąć, iż akcjonariusz wnoszący ten wkład może zarówno zajmować się zarządzaniem PSA, jak i świadczeniem pracy, która na danym etapie wymagana jest dla dalszego rozwoju spółki.

Zarys przewiduje, iż ten rodzaj wkładu wnieść może tylko osoba fizyczna²⁸, co tym samym oznacza, iż wyklucza się z tego grona inne podmioty prawa cywilnego, a zatem uniemożliwia się tworzenie struktur holdingowych, w których podmiot dominujący kreowałby zależne spółki PSA, wnosząc wyłącznie wkład pozbawiony zdolności aportowej. Abstrahując od dyskusji dotyczącej tak zwanych spółek bezkapitałowych²⁹, należy ocenić owo zamierzenie pozytywnie, gdyż biorąc pod uwagę to, iż w zamyśle zarysodawców PSA ma być przeznaczona do prowadzenia *start up'ów* bądź innych podmiotów gospodarczych, które w większej mierze opierają się na wkładzie osobowym aniżeli kapitałowym, ograniczenie do osób fizycznych znajduje uzasadnienie. Na pierwszy plan wysuwa się tutaj kompozyt osobowy w postaci specyficznych umiejętności, wiedzy, talentów, idei etc., które wnieść mogą niektórzy akcjonariusze. Nierzadko elementy te są unikatowe, stąd wiążą się z konkretnymi osobami, których zastąpienie może być niewykonalne. Z drugiej strony, z perspektywy systemowej, trzeba odnotować, iż na gruncie spółek osobowych nie ma przeszkód, by ich współnikiem był podmiot niebędący osobą fizyczną, który jednocześnie wnosi wkład w postaci pracy. Rzecz ta jest o tyle uzasadniona, iż spółki osobowe nie są w zamyśle ustawodawcy adresowane do specyficznych gałęzi gospodarki, lecz do ogółu, a zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że w razie niewykonywania przez współnika określonych w umowie spółki na jej rzecz prac czy usług z wielkim trudem znajdzie się osoby, które byłyby zdolne do świadczenia zastępczego w miejsce uchylającego się od tego zobowiązania współnika. W przypadku, gdy PSA nie będzie miała ustawowo zawężonego przedmiotu działalności spółki, tego rodzaju ograniczenie osób zdolnych do wniesienia wkładu w postaci pracy wyłącznie do grona osób fizycznych może nie znaleźć racjonalnego uzasadnienia.

Ten rodzaj wkładu oznacza, że PSA w miejsce wymiernych wartości majątkowych, którymi mogłaby swobodnie dysponować, uzyskuje tylko zob-

²⁸ Zarys..., op. cit., s. 7.

²⁹ Por. S. Sołtyński, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 7 i przywołana tam literatura.

wiązanie do określonego działania, co nierzadko może mieć charakter wyłącznie osobisty, a tym samym spółka staje się uzależniona od osoby wnoszącej dany wkład³⁰. Jaki jest charakter tych czynności, na ile wyceniana jest ich wartość, jak często mają być świadczone oraz w jakim wymiarze, jakiej jakości, czy tylko osobiście przez akcjonariusza, czy też dopuszczalne byłoby ich wykonanie zastępcze, a także kwestie odpowiedzialności za nienależyte wykonanie lub niewykonanie – tego ustawodawcy nie sposób uregulować, stąd też materia ta musi być każdorazowo dookreślona w statucie pod rygorem nieważności akcji wydanych w zamian za ten rodzaj wkładu³¹. Jest to pochodną faktu, iż niezwykle trudno byłoby PSA dokonać egzekucji świadczenia pracy na jej rzecz (o ile to w ogóle możliwe), co przekłada się na osłabienie systemu ochrony interesów jej wierzycieli. Wątpić także należy, iż w PSA pojawi się obowiązek badania wartości wkładów niepieniężnych przez biegłego rewidenta, jak ma to miejsce w spółce akcyjnej na gruncie art. 312 § 1 k.s.h. Oznacza to, że w praktyce wartość deklarowanych wkładów w postaci pracy może być całkowicie zafałszowana.

2.2.2. WKŁAD INTELEKTUALNY

Próba określenia, co może mieścić się pod pojęciem „wkładu intelektualnego”³², napotyka spore problemy interpretacyjne. Punktem wyjścia jest postawienie tezy, iż zasadniczo należy definiować go w sposób negatywny, tj. *a contrario* do wkładu niepieniężnego w postaci prawa na dobrach niematerialnych, którym przypisuje się zdolność aportową. W przeciwnym razie wyróżnienie tej kategorii byłoby pozbawione sensu. W jej ramach mieszczą się następujące prawa: majątkowe prawa autorskie, patenty, prawa ochronne na wzory użytkowe czy znaki towarowe, prawo z rejestracji wzoru przemysłowego, topografia układów scalonych, prawa służące do uzyskania ochrony, prawa pierwszeństwa do otrzymania patentu czy prawa ochronne, licencje, klientela oraz *know-how*³³. W doktrynie postawiono co prawda tezę

³⁰ K. Kułak, *Francuskie „bezkapitałowe” spółki kapitałowe – uwagi na tle projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10, s. 49.

³¹ Ibidem, s. 52; *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, op. cit., s. 89–90.

³² Określanego też mianem „pomysłu”.

³³ R. Gołat, *Prawa na dobrach niematerialnych jako przedmiot aportu w spółkach kapitałowych (ze szczególnym uwzględnieniem problematyki know-how)*, „Prawo Spółek” 2002, nr 4, s. 14–16; J. Jacyszyn, *Know-how jako aport*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2, s. 5; *Kodeks spółek handlowych*, t. IIIa: *Komentarz*, op. cit., s. 236; *Wkłady niepieniężne do spółek handlowych*, red. U. Promińska, op. cit., s. 95–96, *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, op. cit., s. 119–120.

przeciwną odnoszącą się do *know-how* oraz dóbr własności przemysłowej niebędących przedmiotem prawa podmiotowego, takich jak: nieopatentowane rozwiązanie techniczne, niezarejestrowane znaki towarowe lub wzory przemysłowe, negując dopuszczalność ich wniesienia jako aportu do spółki³⁴. W przypadku *know-how* jest to jednak pogląd mniejszościowy. Uzasadnia się go stwierdzeniem, iż ich posiadaczom nie przysługuje żadne prawo podmiotowe, a zatem świadczenie akcjonariusza sprowadza się bardziej do świadczenia usług lub pracy na rzecz spółki aniżeli wniesienia do niej składników o określonej wartości. Wśród problemów związanych z prawami na dobrach niematerialnych, które mogą kwestionować ich zdolność aportową, wskazuje się także: trudność wyceny, ograniczenia czasowe oraz terytorialne ich funkcjonowania w obrocie czy też możliwość ich unieważnienia ze skutkiem *ex tunc*. Oznacza to, że ich zdadność aportową należy oceniać *ad casum*, a nie w oderwaniu od przedmiotu działalności spółki³⁵.

Powyższe przedstawienie poglądów doktryny odnośnie do katalogu aportów opartych o prawa na dobrach niematerialnych ułatwia próbę zbudowania katalogu wkładu intelektualnego. Jak już zasygnalizowano, jest on zbiorem wszelkich praw, które nie dają się zaliczyć do pierwszej kategorii. Co oczywiste, ma charakter otwarty. W tym zakresie umiejscowić należy zatem wszelkie prawa, którym w danym momencie nie przysługuje jakakolwiek ochrona z mocy prawa (nieopatentowane rozwiązania techniczne etc.), oraz bliżej nieskonkretyzowane idee, na przykład: szczątkowy zarys gry komputerowej, koncepcyjny kształt aplikacji na *smartphone'a* czy propozycja stworzenia innowacyjnego urządzenia, które siłą rzeczy nie mają wartości majątkowej ani nie mogą być przedmiotem obrotu, gdyż w rzeczywistości nie zostały utrwalone na jakimkolwiek nośniku informacji, a istnieją jedynie w umyśle ich twórcy. Dlatego też zwrot „pomysł”, który pojawił się w zarysie, zdaje się dobrze opisywać naturę części elementów wchodzących w skład zbioru wkładu intelektualnego, gdyż dany akcjonariusz może wносить wyłącznie ideę rozwoju danego rozwiązania technicznego.

W tym miejscu zarysowuje się kwestia tego, czy rozróżnienie kategorii wkładu intelektualnego i wkładu pracy ma sens. W niektórych przypadkach granica między tymi aportami zaciera się, na przykład wtedy, gdy dany akcjonariusz wnosi określony pomysł do spółki, a następnie świadczy spółce usługi związane z realizacją tego pomysłu. Wiąże się to z osobistym charakterem wkładu, bowiem bez pomysłodawcy jego realizacja może być nie-

³⁴ *Wkłady niepieniężne do spółek handlowych*, red. U. Promińska, op. cit., s. 190.

³⁵ *Ibidem*, s. 193–194.

zwykle trudna albo wręcz niemożliwa. *De lege ferenda* wydaje się zasadne zrównanie wkładu w postaci pracy z wkładem intelektualnym w kontekście wszelkich zasad ich funkcjonowania, a nawet rezygnacja z wyodrębnienia tej kategorii, gdyż byłaby ona wtórna wobec wkładu w postaci pracy.

Ostatecznie należy odesłać czytelnika do uwag poczynionych w podrozdziale 2.2.1. w kwestiach: wnoszenia wkładu intelektualnego przez osoby fizyczne, osobistego charakteru tego wkładu oraz konieczności jego precyzyjnego określenia w postanowieniach statutowych.

2.3. PROBLEMATYKA FUNKCJONOWANIA AKCJI OBJĘTYCH ZA WKŁADY POZBAWIONE ZDOLNOŚCI APORTOWEJ

Niniejszy podrozdział dotyczy wybranych problemów funkcjonowania akcji objętych za wkłady pozbawione zdolności aportowej. Zidentyfikowanie tych kwestii podyktowane jest nie tyle przyjęciem systemu akcji pozbawionych wartości nominalnej, ile zaproponowaniem w zarysie odrębnego reżimu funkcjonowania tej kategorii akcji w PSA, różnego od akcji obejmowanych za wkłady pieniężne oraz niepieniężne o zdolności aportowej. Jak zostało to wcześniej omówione, punktem wyjścia jest nadanie im niezwykłego charakteru. Konieczne staje się zatem, by legislator, tworząc przepisy regulujące tę materię, zawarł w ustawie co najmniej modelowe konstrukcje prawne na wypadek zaistnienia poniższych sytuacji. Ich brak, tj. pozostawienie uregulowania tej materii wyłącznie w drodze statutowej, będzie nie tylko źródłem licznych problemów interpretacyjnych, ale też praktycznie może doprowadzić do braku zainteresowania tymi akcjami ze względu na niepewność prawną co do ich funkcjonowania, czego dowodzi przykład francuskiej regulacji SAS³⁶. Poruszane są tutaj tylko wybrane zagadnienia, które mają fundamentalne znaczenie z obecnej perspektywy.

2.3.1. PRAWA KORPORACYJNE

Dla systemu opartego na akcjach pozbawionych wartości nominalnej prawa korporacyjne ustala się wyłącznie w oparciu o liczbę posiadanych akcji w stosunku do ich ogólnej liczby w spółce. O ile z zasady do objęcia tych akcji konieczne jest wniesienie określonego wkładu (w jakiej formie oraz w jakiej wysokości, to już kwestia ustalenia między emitentem a nabywcą, aczkolwiek przeważnie liczyć się należy z wartością rynkową), w przypad-

³⁶ M. Przychoda, *Francuska spółka akcyjna uproszczona*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 2, s. 55.

ku akcji pozbawionych zdolności aportowej mogą zostać podniesione głosy, iż dojdzie do zaburzenia równowagi pomiędzy akcjonariuszami, gdy część akcji zostanie wyemitowana w stosunku do osób, które fizycznie nie wniosą nic do spółki poza domniemanym lub intelektualnym wkładem pracy, a jednocześnie uzyskają analogiczne uprawnienia korporacyjne co pozostali³⁷. Obaw tych nie należy podzielać, gdyż ciężar ustaleń, jak dana spółka będzie funkcjonować w stosunkach wewnętrznych, kto będzie odpowiedzialny za długi w razie jej niewypłacalności, czy też skąd będzie pochodził jej majątek, należy przerzucić na osoby zakładające spółkę, jej akcjonariuszy oraz członków organów³⁸. Takie są konsekwencje prawno-ekonomiczne przyjęcia bardzo elastycznego modelu struktury PSA i to właśnie na osoby w nią zaangażowane, na ich ryzyko, nałożony będzie obowiązek odpowiedniego ukształtowania relacji korporacyjnych, skoro ustawodawca odstępuje tutaj od przesadnego uregulowania³⁹.

2.3.2. KONWERSJA AKCJI OBJĘTYCH ZA WKŁAD POZBAWIONY ZDOLNOŚCI APORTOWEJ W AKCJE ZWYKŁE

Fundamentalnym elementem funkcjonowania akcji objętych w zamian za wkład pozbawiony zdolności aportowej jest określenie sytuacji, w których dopuszczalna jest ich konwersja w akcje „zwykłe”⁴⁰. Zagadnienie to wiąże się głównie z możliwością dobrowolnego wyjścia akcjonariusza ze spółki poprzez zbycie akcji. Stan, w którym akcje te pozostawałyby permanentnie niezbywalne, byłby nie tylko sprzeczny z założeniami zarysodawców, ale siłą rzeczy prowadziłyby zapewne do znikomego zainteresowania nimi w praktyce obrotu, co podważałoby sens reformy w tym zakresie. Celem zapobieżenia powyższej sytuacji podstawowe normy regulujące procesy konwersji powinny zostać ustanowione mocą samej ustawy (na wypadek, gdyby statut milczał w tej kwestii), a ewentualne ich doprecyzowanie byłoby dopuszczalne w drodze postanowień statutowych.

Konwersja powinna przyjąć formę czynności umożliwiającej tylko zamianę akcji pozbawionych zdolności aportowych w zwykłe (wykluczając tym samym proces odwrotny), to znaczy mieć charakter nieodwracalny, z czym wiązałoby się zwolnienie akcjonariusza z obowiązku dalszego świad-

³⁷ Por. S. Sołtysiński, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 8–9.

³⁸ M. Przychoda, op. cit., s. 54.

³⁹ K. Kułak, op. cit., s. 51.

⁴⁰ Słowo „zwykłe” w tym znaczeniu nie odnosi się do akcji zwykłych jako przeciwieństwa akcji uprzywilejowanych, lecz do akcji przewidzianych przez k.s.h.

czenia pracy w zamian za zdjęcie z akcji ograniczenia w postaci niezbywalności. Decyzję w tej sprawie, jako że dotyczy ona kwestii fundamentalnych z perspektywy struktury majątkowej spółki, pozostawić należy do rozstrzygnięcia drogą uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy zmieniającej postanowienia statutu, na co musiałby wyrazić zgodę akcjonariusz, który owe akcje posiada⁴¹. W tym miejscu pojawia się jednak pole do nadużyć, bowiem w sytuacji, gdyby dany akcjonariusz dysponował stosowną większością głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, mógłby on swobodnie zwolnić się z tego obowiązku. Ustawa powinna zatem regulować, kto ponosi odpowiedzialność wobec wierzycieli w razie ogłoszenia upadłości spółki.

Najwięcej problemów sprawia precyzyjne określenie momentu, w którym może nastąpić konwersja. Nietrudno zauważyć, iż w miejscu tym zachodzi konflikt interesów między spółką a akcjonariuszem. Z jednej strony akcjonariusz może być zdecydowany, by pozbyć się pakietu posiadanych akcji, ponieważ uzyskał atrakcyjną ofertę ich nabycia przez osobę trzecią lub zwyczajnie chce się zwolnić z obowiązku dalszego świadczenia pracy na rzecz spółki, a z drugiej strony sama spółka może nie być zainteresowana zaprzestaniem ich świadczenia. Konflikt ten szczególnie może się uwidocznić, gdy występuje znacząca dysproporcja między liczbą posiadanych akcji a ich ogólną liczbą w spółce oraz ich wartością rynkową (tj. zachodzi możliwość nabycia znacznego pakietu akcji za cenę niższą niż rynkowa, pojawia się ryzyko wrogiego przejęcia spółki) lub wymiarem świadczonej pracy (tj. wartość pakietu akcji nie odpowiada wartości świadczonej pracy). Sytuacja ta nasuwa skojarzenia z tak zwanym problemem więźnia korporacyjnego⁴².

Kwestię tę ewidentnie powinna regulować ustawa. Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie, by i statut przewidywał dalej idące (tj. na korzyść akcjonariusza) rozwiązania, niż przewidują to przepisy regulujące PSA. Jako pewien standard minimalny można zaproponować: upływ czasu (tj. przedsięwzięcie okazało się na tyle stabilne, że dany akcjonariusz spełnił swoje zobowiązanie wobec spółki), osiągnięcie przez spółkę określonej kwoty kapitałów własnych (jak poprzednio), niemożność dalszego świadczenia pracy z przyczyn niezawinionych przez akcjonariusza (długotrwała choroba etc.), konflikt w spółce godzący w jej interesy. Niewykluczona jest także możliwość wniesienia powództwa do sądu w celu rozstrzygnięcia, czy konwer-

⁴¹ Nawiązanie do regulacji art. 415 § 3 k.s.h., tj. uszczuplenia praw przyznanych osobie.

⁴² Por. A. Pęczyk-Tofel, M. S. Tofel, *„Wyjście” wspólnika lub akcjonariusza ze spółki kapitałowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7.

sja akcji w danym stanie faktycznym jest dopuszczalna, szczególnie w ostatnim przypadku.

Na marginesie pozostaje także kwestia dopuszczalności częściowej konwersji akcji. Zasadniczo nie ma przeszkód, by przyjąć stanowisko, iż dany akcjonariusz może przeprowadzić wyłącznie konwersję wszystkich posiadanych akcji jednocześnie. Należy jednak dopuścić możliwość przeprowadzania tego procesu także w części. Rodzi to pytanie o wpływ owego działania na wymiar wniesionych wkładów, które powinny zostać odpowiednio – w drodze zmiany postanowień statutowych – pomniejszone, nie wykluczając przy tym ewentualnych dopłat ze strony akcjonariusza. Należy też postawić tezę, iż proces częściowej konwersji powinien być dopuszczalny tylko wtedy, jeśli charakter danego wkładu na to pozwala, gdyż przykładowo przeprowadzenie konwersji 99% posiadanych akcji miałoby się wiązać z proporcjonalnym pomniejszeniem wymiaru pracy, to znaczy o 99% zmieniłaby się wartość pozostałego wkładu w tej postaci.

Na marginesie należy zauważyć, że wraz ze śmiercią akcjonariusza akcje te powinny być umarzane *ex lege* (umorzenie automatyczne), chyba że postanowienia statutowe przewidywałyby możliwość ich dziedziczenia. Rzecz ta pod rygorem nieważności musiałaby zostać sprecyzowana w statucie.

2.3.3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNOPRAWNA ZA WNIESIONY WKŁAD

Kolejną fundamentalną kwestią wymagającą omówienia jest problematyka odpowiedzialności cywilnoprawnej za wniesiony wkład pozbawiony zdolności aportowej. Ze względu na jego niedookreślony charakter na etapie zakładania spółki rozważania ograniczają się tylko do czasu po jej założeniu. W przypadku wkładu w postaci świadczenia pracy należy raczej posługiwać się określeniem „odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania wniesienia wkładu do spółki”. Wyróżnić należy następujące sfery odpowiedzialności: akcjonariusz – spółka oraz członkowie zarządu – spółka – wierzyciele.

W sferze odpowiedzialności na linii akcjonariusz – spółka rozważenia wymaga kilka aspektów związanych ze specyfiką wkładów pozbawionych zdolności aportowej. O ile w przypadku systemu opartego o akcje pozbawione wartości nominalnej nic nie stoi na przeszkodzie, by odpowiednio stosować przepisy art. 329, 330, 331 oraz 336 k.s.h. do PSA, o tyle są one nieodpowiednie w odniesieniu do istoty omawianych wkładów. Świadczenie pracy ma bowiem więcej wspólnego z obowiązkiem powtarzających się świadczeń niepieniężnych związanych z akcją, co przewidziano w art. 356

§ 1 k.s.h., niż z klasycznie rozumianym aportem. Stąd konieczne jest zaproponowanie autonomicznego systemu odpowiedzialności za te wkłady na gruncie PSA, uwzględniającego elementy odszkodowawcze oraz stosunek korporacyjny łączący akcjonariusza ze spółką.

Ze względu na wymóg precyzyjnego określenia charakteru świadczonej pracy lub usług w statucie PSA naruszenie tego obowiązku przez akcjonariusza, w postaci niewykonywania w ogóle (przypadek jednoznaczny) lub nienależytego wykonywania (przypadek niejednoznaczny, a zatem trudniejszy w ocenie *in abstracto*) zobowiązania, w pierwszej kolejności powinno się wiązać z odpowiedzialnością odszkodowawczą na gruncie art. 471 i n. k.c.⁴³ w zw. z art. 2 k.s.h. Wiąże się to także z możliwością wykonania zastępczego zobowiązania, o ile jest to możliwe w danym przypadku⁴⁴. W tym zakresie niepotrzebne wydaje się kształtowanie autonomicznego reżimu odpowiedzialności dla PSA. Wzorem art. 356 § 3 k.s.h. należy dopuścić ustanowienie w statucie możliwości dochodzenia przez spółkę odszkodowania umownego.

Uwagi wymaga kwestia dookreślenia sankcji w sferze korporacyjnej, wydaje się bowiem niezasadne, by akcjonariusz uchylający się od obowiązku świadczenia pracy korzystał z pełni praw wynikających z posiadanych przez niego akcji. Analogiczne *ratio legis* stoi także u podstaw art. 331 k.s.h., który przewiduje możliwość pozbawienia akcjonariusza praw udziałowych poprzez unieważnienie dokumentów akcji, jeśli ten po upływie terminu wpłat na akcje nadal uchyla się od tego obowiązku lub innych wynikających z ustawy lub statutu. Wydaje się jednak, że w przypadku akcji obejmowanych w zamian za wkład pracy mechanizmu tego nie da się zastosować, szczególnie jeśli rozciągnięty jest on w czasie. Przykładowo, jeśli obowiązek świadczenia pracy na rzecz spółki będzie mieć wieloletni albo nieokreślony czas trwania, a dany akcjonariusz zaniecha go po upływie kilku lat, oczywiście będzie, iż terminy na „wniesienie wkładu pracy” dawno już upłynęły. Przepis ten na gruncie PSA wymagałby następującego uzupełnienia: „jeśli akcjonariusz w terminie miesiąca lub w dłuższym określonym w statucie po bezskutecznym wezwaniu przez spółkę nie świadczy pracy lub usług na jej rzecz oraz nie uiszcza stosownego odszkodowania, może być bez uprzedniego wezwania pozbawiony swych praw udziałowych przez unieważnienie dokumentów akcji”. Rozwiązaniem alternatywnym bądź uzupełniającym powyższe jest wprowadzenie na gruncie PSA tak zwanego umorzenia sank-

⁴³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: DzU 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.), zwana dalej: k.c.

⁴⁴ *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, op. cit., s. 364–365.

cyjnego⁴⁵, które przyjmowałoby formę umorzenia przymusowego w myśl art. 359 § 1 i 2 k.s.h. Zastosowanie w tym wypadku tak zwanego umorzenia automatycznego z art. 359 § 6 k.s.h. byłoby zbyt daleko idące, gdyż zachodzi ono w razie wystąpienia określonego zdarzenia, co nazbyt ogranicza swobodę spółki w zakresie podejmowania działań wobec akcjonariusza.

Problematyka odpowiedzialności członków zarządu względem wierzycieli spółki za szkody wynikające z wniesienia przez akcjonariuszy wkładu pozbawionego zdolności aportowej, który w istocie był całkiem bezwartościowy albo nigdy nie został do spółki w należyty sposób wniesiony, wymaga odrębnego opracowania z racji odpowiedniego ukształtowania tej materii w relacji do pozostałych przepisów regulujących odpowiedzialność członków zarządu.

Konkluzje

Powyższe rozważania pokazują, że koncepcja wprowadzenia do polskiego systemu prawa spółek aportów opartych o świadczenie pracy lub usług albo wkład intelektualny stanowi ciekawą propozycję ze strony zarysodawców PSA oraz odpowiada pewnym potrzebom rynkowym, szczególnie tam, gdzie istotną wartością dla spółki jest wniesienie usług lub dóbr, które na gruncie tradycyjnie rozumianych aportów nie mogą być w ogóle przedmiotem wkładu, a dany akcjonariusz nie posiada żadnego majątku pozwalającego mu objąć określony pakiet akcji. Samo jednak poluzowanie reguł ustawowych dotyczących funkcjonowania akcji pozbawionych zdolności aportowej oraz pozostawienie tej kwestii wyłącznie w materii statutowej wydaje się zbyt daleko idącym uproszczeniem. Stąd też podstawowe mechanizmy dotyczące niezbywalnego charakteru tych akcji, odstępstw od tej zasady, ich konwersji na akcje zwykłe czy umorzenia powinny wynikać z regulacji ustawowej, a szczegóły należy już pozostawić do określenia poszczególnym podmiotom korporacyjnym. W przeciwnym wypadku grozić to może utworzeniem nowej kategorii akcji w polskim prawie, której praktyczna doniosłość będzie znikoma ze względu na zbyt luźne ramy funkcjonalne oraz z powodu niepewności prawnej. Z finalnymi ocenami należy się jednak wstrzymać do momentu, gdy skonkretyzowane przepisy regulujące PSA ujrzą światło dzienne.

⁴⁵ *Prawo spółek kapitałowych*, t. 17a, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2015, s. 510–511; A. Opalski, *Kapitał...*, op. cit., s. 304.

SHARES ACQUIRED FOR ASSETS NON-CAPABLE OF ECONOMIC ASSESSMENTS IN POLISH SIMPLE JOINT-STOCK COMPANY (PSA)

ABSTRACT

This article concerns issue of admissibility of shares acquired for assets in form of: performance of work, services of knowledge. Although in the light of current Polish art. 14 § 3 of Code of Commercial Companies it is not permitted in case of corporations, this prohibition shall not be applied to the Polish simple joint-stock company (PSA), which legal frames are currently being constructed by group of company law experts. Such exclusion constitutes a significant novelty in Polish company law and due to the proposed shape of regulation that allows the founders of PSA to freely adjust the company to their needs, this may be a source of various doubts, which shall be listed and described in this paper. The following issues should be put under scrutiny: the catalogue of such assets, their purpose for business trading, limitation to only natural persons in regard of persons who may acquire such shares, limitation of transferability, their conversion into common shares, redemption or nullification and liability for the contributed assets. While it may seem that already mentioned issues shall not be meticulously regulated by the statutory law due to the principles upon which the reform is based, it is suggested that the statutory law shall at least provide basic mechanism in that scope to limit any potential doubts.

KEYWORDS

Polish joint-stock company, shares, performance of work as an asset, knowledge as an asset, reform

BIBLIOGRAFIA

1. Cejmer M., Zawicki K., *Akcje bez określonej wartości nominalnej*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II: *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2005.
2. Gołat R., *Prawa na dobrach niematerialnych jako przedmiot aportu w spółkach kapitałowych (ze szczególnym uwzględnieniem problematyki know-how)*, „Prawo Spółek” 2002, nr 4.
3. Jacyszyn J., *Know-how jako aport*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2.
4. Jacyszyn J., *Postacie pokrycia wkładu niepieniężnego w spółkach kapitałowych*, „Rejent” 1992, nr 12.
5. Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2015.
6. Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2015.
7. *Kodeks spółek handlowych*, t. IIIa: *Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2016.
8. Kułak K., *Francuskie „bezkapitałowe” spółki kapitałowe – uwagi na tle projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10.
9. Minas M., *Zdolność aportowa*, „Rejent” 1995, nr 9.
10. Opalski A., *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010.

11. Opalski A., *Kapitał Zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002.
12. Opalski A., Romanowski M., *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6.
13. Pęczyk-Tofel A., Tofel M. S., „Wyjście” wspólnika lub akcjonariusza ze spółki kapitałowej, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 7.
14. *Prawo spółek kapitałowych*, t. 17a, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2015.
15. Projekt Polskiej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego:
 - a) Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, z dnia 11 sierpnia 2014, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/237400> [dostęp: 26.03.2017].
 - b) Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 sierpnia 2014, [online] <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/237400> [dostęp: 26.03.2017].
16. Przychoda M., *Francuska spółka akcyjna uproszczona*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 2.
17. Pyziół W., Szumański A., Weiss I., *Prawo spółek*, Warszawa 2014.
18. Radwan. A, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. II: *Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2005.
19. Sołtysiński, S., *Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 9.
20. Szumański A., *Pojęcie i przedmiot aportu do spółki akcyjnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1995, nr 1.
21. Szumański A., *Wkłady niepieniężne do spółek kapitałowych*, Warszawa 1997.
22. *Wkłady niepieniężne do spółek handlowych*, red. U. Promińska, Warszawa 2017.
23. *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, Warszawa 2014.
24. *Zarys koncepcji prostej spółki akcyjnej*, Ministerstwo Rozwoju, czerwiec 2016, [online] <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4198> [dostęp: 26.03.2017].

Informacje o autorach

Beata Baran – doktor nauk prawnych, współpracuje z Zakładem Prawa Karnego Wykonawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania badawcze: postępowanie dyscyplinarne, prawokarne wykonawcze oraz system ochrony praw człowieka.

Jakub Grzegorz Firlus – asystent w Katedrze Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Natalie Fox – magister prawa (2015) na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Asystentka i doktorantka w Katedrze Prawa Ustrojowego Porównawczego UJ. Zainteresowania naukowe: prawo konstytucyjne, system ustrojowy Węgier oraz Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, instytucjonalna ochrona praw człowieka. Wybrane publikacje: (wsp. P. Mikuli), *Instytucja referendum w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – uwagi wokół ogólnokrajowego referendum z dnia 23 czerwca 2016 r.*, [w:] *Aktualne problemy referendum*, red. B. Tokaj, A. Feja-Paszkiewicz, B. Banaszak, Warszawa 2016, s. 287–294; *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP jako podstawa dla pominięcia przepisu ustawowego przez sąd – analiza najnowszych tendencji orzeczniczych*, „Jurysta” 2016, nr 6, s. 18–25; (wsp. J. Firlus), *Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 października 2015 r.*, I OSK 1992/14, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 2, s. 211–220.

Milena Garwol – magister prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantka II roku w Katedrze Prawa Karnego UJ, aplikantka w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury. Jej zainteresowania obejmują szeroko pojęte prawo karne materialne i procesowe, w tym karnoprawne aspekty prawa medycznego. W jej dorobku naukowym znajdują się publikacje dotyczące nielegalnie pozyskiwanych dowodów do procesu karnego, środków zabezpieczających, umorzenia kompensacyjnego z art. 59a k.k. oraz materialnoprawnych aspektów odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratorów.

Mateusz Grześków – magister prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania badawcze: prawo handlowe oraz gospodarcze.

Magdalena Janssen – prawnik i psycholog, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Specjalizuje się w prawie spadkowym i rodzinnym. Jest autorką publikacji z zakresu prawa cywilnego materialnego oraz etyki prawniczej. Inicjuje programy oraz aktywnie działa na rzecz wzmacniania świadomości prawnej społeczeństwa m.in. w ramach zajęć Uniwersytetu Otwartego UAM.

Jan Kluza – magister prawa, absolwent Uniwersytetu Jagiellońskiego, laureat stypendium Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego za wybitne osiągnięcia naukowe w roku akademickim. 2016/2017. Autor artykułów z zakresu prawa karnego.

Anna Mazur – studentka IV roku prawa, Prezes Koła Naukowego Prawnej Ochrony Dóbr Kultury. Zainteresowania badawcze: prawo ochrony zabytków, prawo administracyjne, prawo własności intelektualnej. Publikacje: *Restytucja dóbr kultury zagrabionych przez hitlerowców w czasie II wojny światowej w świetle prawa międzynarodowego. Sprawa „Schołów pałacowych” Francesco Guardiego*, [w:] *Prawne wyzwania ochrony dóbr kultury we współczesnym świecie*, red. P. Dobosz et al., Kraków 2015.

Aleksandra Ozimek – magister administracji (2011) oraz prawa (2014) na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Doktorantka w Katedrze Prawa Samorządu Terytorialnego UJ. Zainteresowania naukowe: prawo samorządu terytorialnego, prawo konstytucyjne oraz postępowanie sądowo-administracyjne. Wybrane publikacje: *Zmiany w podziale terytorialnym państwa w ujęciu Kodeksu wyborczego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 3, s. 24–31; (wsp. J. Firlus), *Model skargi kasacyjnej w świetle projektu ustawy nowelizującej ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 2, s. 55–71; *Zasady zarządu mieniem gminy oraz korzystania z gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej*, [w:] *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego. Dopuszczalność i granice jej prowadzenia*, red. M. Stec, M. Mączyński, Warszawa 2016, s. 94–117.

Katarzyna Południak-Gierz – doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka radcowska. Zainteresowania naukowe: prawo konsumenckie i prawo Internetu. Od 2017 roku rea-

lizuje grant badawczy PRELUDIUM 11 pt. „Umowy spersonalizowane w świetle prawa cywilnego” pod opieką naukową prof. dra hab. Fryderyka Zolla.

Khrystyna Potapenko – doktorantka w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Tytuł magistra prawa uzyskała w 2012 roku na Narodowym Uniwersytecie im. Iwana Franki. Zakres zainteresowań: prawno-filozoficzne aspekty korupcji oraz sposoby jej przeciwdziałania, prawo administracyjne, mediacja, prawa cudzoziemców, filozofia prawa, filozofia polityczna.

Piotr Rybicki – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz programu LL.M. na The Catholic University of America w Waszyngtonie, D.C. Aplikant w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury. Zainteresowania badawcze: prawo karne materialne i procesowe. Podczas ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sport a przestępczość zorganizowana”, która odbyła się 16–17 marca 2017 roku na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu, wygłosił referat pt. *Ocena regulacji zawartych w projekcie ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie w kontekście zwalczania przestępczości zorganizowanej*.

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW UJ NAUKI SPOŁECZNE

Czasopismo naukowe wydawane od 2010 roku jako półrocznik, a od 2016 roku jako kwartalnik przez Towarzystwo Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego. W ramach serii społecznej „Zeszytów Naukowych TD UJ” publikowane są teksty z różnych dyscyplin, głównie historii, socjologii, ekonomii i prawa. Na łamach czasopisma publikujemy:

- artykuły naukowe,
- opracowania będące wynikiem badań empirycznych,
- raporty i komunikaty,
- recenzje i omówienia tekstów ważnych dla danej dyscypliny,
- sprawozdania z konferencji, sympozjów, sesji naukowych, warsztatów.

Teksty publikowane na łamach „Zeszytów Naukowych” poddawane są procedurze recenzowania opisanej na stronie internetowej www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/pliki-do-pobrania, ponadto informuje się, że Redakcja zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego prowadzi działania antyghostwritingowe.

Osoby zainteresowane opublikowaniem tekstu w „Zeszytach Naukowych TD UJ” proszone są o nadsyłanie materiałów w języku polskim lub w jednym z języków kongresowych. Do druku przyjmowane są wyłącznie prace oryginalne, wcześniej niepublikowane. Materiały powinny zawierać dodatkowo streszczenia w języku polskim i angielskim, słowa kluczowe w języku polskim i angielskim oraz bibliografię, a także notę o Autorze wraz z afiliacją i adresem mailowym. Redakcja zastrzega sobie prawo do wprowadzania zmian w tekście. Na ostatnim etapie przygotowywania publikacji przewidziana jest także korekta autorska i autoryzacja.

Kontakt z redakcją: spoleczneznuj@gmail.com

Adres redakcji: ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków

